# Grenzfälle zwischen den §§ 434, 437 ff und 459 ff BGB.

Inaugural = Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts= und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps=Universität zu Marburg

Vorgelegt von

FRANZ WIESMANN

Gerichtsreferendar aus Recklinghausen

Marburg 1932

Druck: Doktordruck — Graphisches Institut Paul Funk,
Berlin SW 68, Friedrichstr. 231

Als Dissertation von der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 3. März 1932.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Uebersicht.


Seite

Einleitung: Geschichte und Uebersicht 5

Hauptteil:

§ 1 Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459 ff BGB. 8

§ 2 Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 437 ff BGB. 18

§ 3 Grenzfälle zwischen den §§ 437 ff und 459 ff BGB.: 21

A. Handelsgeschäft, Handelsgewerbe, Unternehmen u. a. m. 21

B. Wertpapiere 38

C. Gesellschaften 55

D. Sonstige Fälle 66

E. Abgrenzung 67

# Literaturnachweis.


1. Archiv für die zivilistische Praxis;
2. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1924;
3. Enneccerus, Kipp und Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1928;
4. Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Aufl.;
5. Heim, die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr, 1909;
6. Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen;
7. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht des deutschen Reichs 1901;
8. Erich Jung in der Stammler'schen Enzyklopädie: das gesamte deutsche Recht, 1931;
9. Fritz Jung, Der Begriff des Sachmangels nach dem BGB;
10. Juristische Wochenschrift;
11. Leipziger Zeitschrift;
12. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen;
13. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte;
14. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1929;
15. Planck's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1928;
16. Das Recht;
17. Reichsgerichtsräte-Kommentar, 1928;
18. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen;
19. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte;
20. Staub's Kommentar zum HGB, 1920;
21. Staudinger's Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1928;
22. Warneyer, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1930;
23. Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen;
24. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

# Einleitung:

## Geschichte und Uebersicht.

In vorliegender Arbeit sollen einige Grenzfälle zwischen den §§ 434, 437 und 459 BGB behandelt werden, um an Hand dieser Fälle zu einer Stellungnahme gegenüber diesen und Abgrenzung der Paragraphen zueinander zu kommen. Nach einer geschichtlichen Uebersicht werden wir zunächst einige Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459 und zwischen 434 und 437 BGB anführen, um so zunächst diese Gruppe von Fällen ausscheiden zu können. Es wird sich dabei aber nicht umgehen lassen, später, zumal bei der Frage nach der Rentabilität, wieder auf § 434 BGB zurückgreifen zu müssen.

Bei Stellungnahme zu den §§ 437 ff und §§ 459 ff handelt es sich sowohl um Fälle des Rechtsbegriffs des § 437 oder des Sachbegriffs in § 459 — also um Zweifelsfälle dieser Art —, als auch um den Begriff der Eigenschaft in § 459, da man in vielen Fällen Zweifel darüber haben kann, ob es sich bei einer Beziehung — natürlich einer rechtlich erheblichen — zu einem Rechtsgut bzw. einer Sache noch um Eigenschaften handelt, oder ob hier ein Recht mitveräußert ist, für das nach § 437 BGB gehaftet werden muß.

Im röm. Recht und gem. Recht hatten wir zunächst nur zwei verschiedene Institute der Gewährleistung: die Gewährleistung für Mängel einer Sache nach dem Edikt der Ädilen und die Gewährleistung für die Eviktion. Eine Haftung für das Freisein des Gegenstandes von Rechten, die keine Eviktion begründeten, bestand dagegen im allgemeinen nicht. Auch galt die Geltendmachung von Rechten — insbesondere Grundgerechtigkeiten — nicht als Eviktion oder auch nur als teilweise Eviktion. Hier haftete der Verkäufer nur, wenn er die Freiheit von jeder Grundgerechtigkeit oder doch von Grundgerechtigkeiten der in Anspruch genommenen Art besonders ausgesprochen oder die Grundgerechtigkeiten dolos verschwiegen hatte[1]).

Das deutsche Recht hatte Vorschriften über die Haftung des Verkäufers wegen Sachmängel nicht ausgebildet. Wandlung kannte es nur bei sog. Hauptmängeln; im übrigen galt die Annahme als Billigung, dagegen „lag auf dem Verkäufer die der altrömischen auctoritas ent-

[1]) Vgl. Sohm, Institutionen, 1926 S. 420 ff.

sprechende Gewährschaftspflicht" (R. Hübner). Der Aufnahme der römischen Grundsätze stand daher kein Hindernis entgegen. Doch ließ die Regel „Hand wahre Hand" in vielen Fällen keine Eviktion zu.

Das ALR versuchte dann bei ausführlicher Regelung in den §§ 135 ff I 11, die beiden Institute der Gewährleistung für Fehler der Sache und für Eviktion mehr miteinander zu verschmelzen, und kam damit zu dem Grundsatz: der Verkäufer haftet für natürliche (körperliche) und für juristische Mängel der Sache. Darin lag freilich eine Erweiterung gegenüber der Eviktionshaftung des röm. Rechts.

Rechte und Forderungen wurden ebenfalls als Sachen behandelt. Doch wurde die Übergabe durch die Zession ersetzt. Der Zedent hatte bei entgeltlicher Zession die Richtigkeit und Rechtsgültigkeit zu vertreten (§§ 420—426 I 11). Geldpapiere wurden dagegen nicht zediert, sondern wie Sachen übergeben[2]).

Aber gerade bzgl. der auf einem veräußerten Grundstück ruhenden Belastung weicht das ALR erheblich vom röm. Recht ab. Hier hatte der Verkäufer dem Käufer nur einzustehen, wenn die Belastungen dem Käufer unbekannt waren oder der Verkäufer deren Ablösung besonders garantiert hatte; nach dem ALR mußte dagegen der Verkäufer die auf dem Gute haftenden Privatschulden und Verbindlichkeiten allemal vertreten, wenn der Käufer sie nicht ausdrücklich übernommen hatte (§ 184 I 11). Hier machte es keinen Unterschied, ob der Käufer die Belastungen kannte oder nicht; er hatte also nicht bloß einen Anspruch auf Ablösung im Falle einer Eviktion (§ 153 I 11), sondern auch wegen der von Dritten geltend gemachten Rechte. §§ 135, 136 I 11.

Das BGB steht bzgl. der Sachmängel im wesentlichen — wenn auch mit mannigfaltigen Abweichungen — auf dem Boden des gem. Rechts und gibt. wie dieses, Minderungs- und Wandlungsansprüche wegen erheblicher Fehler und wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften. Es läßt ferner nach Wahl des Käufers einen Schadensersatzanspruch wegen zugesicherter Eigenschaften und wegen arglistig verschwiegener Fehler zu. Dagegen stimmt es bezüglich der Rechtsgewährleistung mit dem ALR überein (§ 434 BGB, §§ 135, 136 I 11 ALR).

Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechts haftet nach dem BGB dem Käufer für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts ohne Rücksicht darauf, ob die Forderung zur Zeit des Verkaufs bestanden hat oder nicht oder gar später erloschen ist, § 437 BGB. Die gleiche Vorschrift war dagegen für das

[2]) Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht I § 99.

röm., gem. Recht und das ALR bei dem weiteren Sachbegriff nicht erforderlich. In Übereinstimmung mit der preuß. Praxis bestimmt wieder das BGB, daß der Verkäufer eines Wertpapiers „auch" dafür haftet, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist: er hat also die Kursfähigkeit des verkauften Wertpapiers zu gewährleisten § 437 II BGB, RG 109/297, ROHG V/242, Koch, ALR I. Teil I. Ba. S. 270 Anm. 66—68, insb. 68)[3]).

[3]) Vgl. hierzu das österr. ABGB: § 922. Wenn jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem anderen überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen oder gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe, und daß sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Vereinbarung gemäß benutzt und verwendet werden könne.

§ 923. Wer also der Sache Eigenschaften beilegt, die sie nicht hat und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäfts stillschweigend bedungen worden sind, wer ungewöhnliche Mängel oder Lasten derselben verschweigt, wer eine nicht mehr vorhandene oder eine fremde Sache als die seinige veräußert, wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauch tauglich, oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frei sei, der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.

# Hauptteil.

## § 1. Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459 ff BGB.

Eine Grenzziehung zwischen Rechtsmängeln und Sachmängeln beim Kauf ist insofern von Bedeutung, als die gesetzlichen Folgen, die Ansprüche des Käufers in den verschiedenen Fällen durchaus ungleich sind. Man hat hier insofern zunächst eine Grenzziehung versucht, als man behaupten will, der Unterschied liege darin, ob der Mangel sich erst aus den Vorschriften der Rechtsordnung oder bereits aus der natürlichen Beschaffenheit der Sache ergebe[1]). Im ersteren Falle will man darin einen Rechtsmangel, im anderen einen Sachmangel sehen. Wenn wir in Folgendem von dieser Theorie ausgehen wollen, so läßt sie sich aber nicht, wie sich ergeben wird, in vollem Umfange aufrecht halten. Diese Theorie soll außerdem natürlich nicht nur — wie es vielleicht scheinen könnte— bezüglich der Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459, sondern auch zur Abgrenzung zwischen 437 und § 459 Anwendung finden.

Beim Verkaufe eines Rechts haftet der Verkäufer für dessen Bestehen, beim Wertpapier auch dafür, daß es nicht aufgeboten oder gesperrt ist. Die Vorschrift bezieht sich nicht nur auf Forderungen, sondern auch auf andere Rechte aller Art, soweit sie nicht rechtlich unmöglich sind[2]). Das BGB betrachtet diese Haftung nicht als Folge einer besonderen gesetzlichen Garantiepflicht, sondern als einen Teil der Vertragserfüllung. Es unterstellt daher auch diese Haftung der gewöhnlichen Haftung wegen Nichterfüllung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses. §§ 440; 320—327 BGB.

Die gleiche Haftung ergibt sich bei § 434 BGB: der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.

Bei der Sachmängelhaftung steht dem Käufer das Recht auf Wandlung oder Minderung wegen eines Fehlers der Sache oder mangels zugesicherter Eigenschaften nach § 459 BGB zu. Nur im Falle des § 463, der auch gilt, wenn der Verkäufer dem Käufer eine Eigenschaft fälschlich vorgespiegelt hat, hat der Käufer statt der Wandlung oder Minderung das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Statt der Wandlung oder Minderung kann er bei einer nur der Gattung nach bestimmten Sache gemäß § 480 BGB verlangen,

[1]) Leonhard, Schuldrecht II S. 31, RG 59/241, Bank.Arch. 10/93.
[2]) Leonhard, Schuldrecht II, S. 33, RG 68/293.

daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird.

Neben der Frage bzgl. der Rechtsfolgen ist die Unterscheidung zwischen Rechts- und Sachmängel aber auch von Bedeutung wegen der verschiedenen Verjährungsfristen, wo dann einmal die gewöhnliche Verjährungsfrist von 30 Jahren, andererseits aber die von 6 Monaten bzw. 1 Jahr Platz greift. §§ 195; 477 BGB.

Die Streitfrage bzgl. der Rechts- und Sachmängelhaftung ist übrigens nicht nur im BGB vorhanden, auch z. B. das österreichische ABGB läßt die Frage offen. Hier ist sie aber weniger von Bedeutung, weil der „Sach"-begriff (§ 285) weiter geht und auch die Verjährungsfristen für Rechts- und Sachmängel gleich sind, § 933. Die Streitfrage verliert hier aber völlig an Gewicht, wenn man den § 932 bezgl. der Rechtsmängel für anwendbar hält, da dann auch die Folgen dieselben sind[3]). Jedenfalls ersieht man, daß das österreichische ABGB eine möglichste Verschmelzung versucht.

Einzugehen wäre hier zunächst auf einige Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459 und zwischen den §§ 434 und 437.

Kauf ist nach dem BGB wie nach gem. Recht ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich die eine Vertragspartei zur Leistung einer Sache oder eines Rechts, die andere zu einer geldlichen Gegenleistung verpflichtet. Nach Absicht der Parteien soll der Verkäufer die verkaufte Sache nicht etwa nur zur vorübergehenden Benutzung an den Käufer übergeben, sondern sie ihm endgültig übertragen, dem Käufer damit den durch die Übertragung erhofften Genuß verschaffen. Deshalb besteht in § 433 BGB für den Verkäufer einer Sache die Pflicht zur Eigentumsübertragung[4]), beim Verkaufe eines Rechts die Pflicht zur Rechtsverschaffung.

Dieser Genuß kann nun dadurch beeinträchtigt werden, daß an der verkauften Sache das Recht eines Dritten besteht, § 434, oder die Sache selbst mit einem körperlichen Mangel behaftet ist, § 459. Natürlich darf dieser Mangel nicht derartig schwerwiegend sein, daß überhaupt eine wesensandere Sache, ein aliud, vorliegt. Die Sache muß vielmehr dieselbe bleiben, nur muß der Genuß an derselben durch den bzw. die Fehler erheblich beeinträchtigt werden.

Bei der Uebertragung eines Rechts ergibt sich wieder die Möglichkeit, daß dieses nicht oder nicht zu Recht besteht, § 437. Im ersteren Falle muß übrigens eine Einschränkung dahin gemacht werden, daß das Recht oder die Forderung rechtlich bestehen können muß, daß es nur tatsächlich in diesem Falle nicht besteht, da sonst ein Vertrag über eine unmögliche Leistung vorliegen würde § 306

---

[3]) Ehrenzweig, System des österr. allgem. Privatrechts, 1928, II 1 §§ 323/324, Pisko Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- usw. S. 28 Anm. 49.

[4]) A. A. Leonhard, Schuldrecht, II S. 35.

BGB. Es handelt sich also auch nicht um dubiose Forderungen, die für den Gläubiger vielfach wertlos sind, für ihn — wirtschaftlich gesprochen — nicht bestehen. Hier könnte eventuell eine Art Garantiehaftung vorliegen, die natürlich auch über § 438 BGB hinausgehen kann.

Die Unterscheidung der §§ 434, 437 und 459 BGB, denen gemeinsam ist, daß der Käufer in jedem Falle in dem erhofften Genuß beeinträchtigt wird, ist regelmäßig sehr einfach und einleuchtend:

Der Verkäufer eines Autos haftet nach § 434 dafür, daß dieses nicht dem Eigentümer gestohlen oder abhanden gekommen ist, daß dieser es also nicht vom jetzigen Besitzer mit der Eigentumsklage nach § 985 BGB herausverlangen kann (vgl. hierzu aber § 440 II BGB). Er haftet nach § 459 dafür, daß das Auto keinen Motordefekt hat. Ein Fall des § 437 liegt vor, wenn die Kaufpreisforderung für das gelieferte Auto zediert ist, das Geschäft aber nachträglich angefochten ist oder gegenüber der Forderung aufgerechnet wird.

Nicht immer ist aber, wie in obigen Beispielen, die Sachlage so klar, daß man sich ohne weiteres für die Anwendung dieses oder jenes Paragraphen entscheiden kann.

In RG 69/355 liegt der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger kaufte von dem Beklagten ein dem Landgerichtsgebäude gegenüberliegendes Grundstück. Vor der Auflassung wurde ihm mitgeteilt, daß das Grundstück nur in einer gewissen Entfernung vom Landgerichtsgebäude bebaut werden dürfe. Dieser Beschränkung habe sich die Stadt als frühere Eigentümerin des Grundstücks unterworfen, um dem Landgerichtsgebäude Luft und Licht zu sichern. Der Kläger nahm die Auflassung nur unter dem Vorbehalt seiner Ersatzansprüche entgegen und klagte dann, indem er noch behauptete, daß der Beklagte die Belastung bei Vertragsabschluß gekannt habe, mit dem Antrage auf Ersatz allen durch richterliches Ermessen festzustellenden Schadens und Minderwerts.

Einerseits spricht hier für § 434, daß das Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, die vom Justizfiskus geltend gemacht werden kann, der Verkäufer aber gemäß § 434 verpflichtet ist, dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen; andererseits könnte man § 459 für anwendbar halten, da das Grundstück erst in einem bestimmten Abstande von der Straße bebaut werden darf, darin eventuell ein Mangel der Sache liegen könnte.

Nach obiger Theorie wird man zweifellos in der Belastung einen Rechtsmangel sehen, da der Mangel nicht durch die natürliche Beschaffenheit der Sache bedingt ist. Andererseits umfaßt aber der § 434 BGB nicht alle Fälle, in denen Rechte an dem Gegenstand geltend gemacht werden können. Er ist durch die nachfolgenden Paragraphen weitgehendst eingeschränkt worden.

Nicht unter § 434 fällt z. B. die Haftung des Verkäufers für die Freiheit eines Grundstückes von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind. Es liegen auch hierin natürlich Rechte, „die von Dritten", im allgemeinen öffentlich-rechtlichen Körperschaften auf Grund öffentlichen Rechts geltend gemacht werden können, § 436 BGB. Wie weit reicht aber diese Beschränkung? Soll es sich in § 436 nur um Grundstücke handeln, oder kann man § 436 auch auf andre Sachen ausdehnen?

Eine direkte Auslegung auf bewegliche Sachen ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht möglich, für eine eventuelle analoge Anwendung möge folgendes Beispiel dienen: (RG 105/390): Der Beklagte verkaufte an den Kläger mehrere Zentner Brasil Tabakgrus. In der Folge zahlte der Kläger auf Aufforderung der Steuerbehörde für einige Zentner davon, die er weiter verkauft hatte, einen Steuerbetrag von 6270,— RM. Er nimmt nun den Beklagten auf Ersatz dieses Betrages in Anspruch, indem er behauptet, der Beklagte habe ihm die Ware ausdrücklich als steuerfrei verkauft.

Das RG ist hier davon ausgegangen, daß durch § 23 des Ges. v. 3. 6. 1906/15. 7. 1909 das Recht eines „Dritten", nämlich das der zuständigen Behörde, im Sinne des § 434 BGB begründet sei, das in dem Zugriffsrecht des Fiskus auf den Tabakgrus erblickt werden müsse.

Demgegenüber vertritt aber ein Teil der Literatur[5]) den Standpunkt, daß § 436 analog auch für öffentliche Abgaben auf bewegliche Sachen anzuwenden sei. Als Beispiel wird angeführt, daß der Verkäufer eines Hundes oder eines Autos doch nicht für die Steuerfreiheit haften könne.

Zweifellos entspricht die Vorschrift des § 436 in ihrer engen Fassung und Auslegung nicht mehr den Verkehrsanschauungen der heutigen Zeit, aber andererseits ist hierbei zu berücksichtigen, daß § 436 selbst nicht einmal für sämtliche öffentlichen Lasten auf Grundstücken Anwendung findet. Hierzu führt das RG 59/400 folgenden Fall an: der preußische Domänenfiskus kaufte vom Beklagten im Jahre 1900 ein Gut, auf dem z. Z. des Kaufabschlusses auf Grund des Gesetzes v. 14. 7. 1839 wegen Aufhebung direkter Steuern eine im Grundbuch nicht eingetragene auf die Dauer von 60 Jahren zahlbare Rente lastete. Der Kläger löste diese Rente durch einmalige Zahlung ab und verlangte vom Beklagten Erstattung dieser Beträge. Das RG verneinte hier die Anwendbarkeit des § 436 und gab der Klage nach §§ 434/440 statt. Bezüglich der Anwendung letzterer Paragraphen war aber zu berücksichtigen, daß der Domänenfiskus das Gut kaufte, für das er an den Steuerfiskus die Rente zu entrichten hatte. Der Staat als Fiskus kann aber nicht auf den verschiedenen

[5]) Loewenwarter § 436, Oertmann § 436, Leonhard II 2 S. 34 u. a. m.

Gebieten seiner Betätigung auch als verschiedene Rechtspersönlichkeit angesehen werden. War er dann „Dritter" im Sinne des § 434 BGB?

Zur Beantwortung dieser Frage müssen wir vom Entwurf ausgehen. § 371 des Entwurfs I zum BGB hatte gegenüber der jetzigen Fassung folgende Formulierung: Der Veräußerer einer Sache haftet dafür, daß nicht Rechte an der Sache und daß auch nicht sonstige auf die Sache sich beziehende Rechte bestehen, welche ein Dritter gegen den Erwerber geltend machen kann. In den Protokollen der zweiten Kommission I S 655 finden wir dann, daß § 434 BGB den § 371 des Entwurfs ohne sachliche Änderung wiedergeben sollte. Es sollten in § 434 nur „die vom Entwurf unterschiedenen Kategorien der Rechte an der Sache und der sonstigen sich auf die Sache beziehenden Rechte unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung zusammengefaßt" werden. Dies ist jedenfalls auch der Sinn des § 434. Kommt dieser auch im Gesetz selbst nicht so zum Ausdruck, so ergibt er sich doch aus dem § 371 des Entwurfs und den Protokollen[6]).

Hier interessieren wir uns nur für die erste Art der in § 371 dargelegten Rechte; für sie ist keinerlei Einschränkung hinzugesetzt, sie sind also schlechthin vom Veräußerer zu vertreten. Hiernach ist die Vertretungspflicht des Verkäufers nicht ausgeschlossen, wenn ihm das Recht an der Sache selbst zusteht oder der Käufer dieses Recht geltend machen kann.

Weiter aber muß es gleichgültig sein, ob der Berechtigte dieses Recht übertragen kann oder nicht. Denn wenn wir durch ausdehnende Auslegung die Vorschrift des § 434 auch auf Rechte des Verkäufers oder selbst des Käufers ausdehnten, so würde es an jedem inneren Grund fehlen, die Vertretungspflicht davon abhängig zu machen, ob das Recht übertragbar ist oder nicht. Darauf zielt der § 434 auch gar nicht ab. Ebenso gibt der § 371 des Entwurfs hierfür keinen Anhaltspunkt[7]).

Die beiden letzthin angeführten Fälle sind aber nicht nur wegen der Auslegung des § 434 und dessen Einschränkung durch § 436 von Bedeutung, bei ihnen ist nämlich ebensogut die Frage berechtigt, ob nicht etwa § 459 BGB zur Anwendung kommen könne. Denn, wie später noch ausgeführt werden wird, steht die Rechtsprechung gerade bei den Rechtsbeschränkungen seitens der Behörden häufig auf dem Standpunkt, daß darin ein Sachmangel nach § 459 BGB liege.

Wir kämen somit zu unserem ersten Beispiel zurück (RG 69/355) und würden nach den bisherigen Feststellungen zu folgendem Ergebnis kommen: In der Baubeschränkung können wir zunächst keine öffentliche Last sehen, da die Stadt als frühere Eigentümerin des

---

[6]) Ebenso Leonhard II 2 S. 32.
[7]) Vgl. Enneccerus II 1 S. 330 Anm. 5.

Grundstücks während dieser Zeit diese private Beschränkung übernommen hat. Nach den bereits festgelegten Begriffen liegt auch in diesem Falle das Recht eines Dritten gemäß § 434 BGB vor. Ist deshalb die Annahme, daß die Grunddienstbarkeit wirksam bestellt ist, nicht zu beanstanden, so folgt daraus, daß dem Kläger das Grundstück nicht frei von Rechten Dritter verschafft ist. Die Stadt würde deshalb nach § 434 BGB zu haften haben[8]).

Daneben ist aber auch hier die Frage berechtigt, ob nicht statt § 434 § 459 oder beide Paragraphen nebeneinander zur Anwendung kommen können. Gerade die letzte Frage ist berechtigt, und eine derartige Konkurrenz kann man jedenfalls nicht unbedingt verneinen.

Nach unseren obigen Feststellungen bzgl. des § 434 hätten wir hier nunmehr auf § 459 einzugehen.

In § 459 meint das Gesetz in beiden Fällen des Absatz I und II nur Fehler und Eigenschaften körperlicher Sachen. Wir hätten demnach zur Beantwortung obiger Frage von dem natürlichen Zustand der Sachen auszugehen. Eigenschaft ist hier, was der Sache „eigen" ist, wie sie sich der sinnlichen Wahrnehmung darstellt. Dieser der Sache „eigene" Zustand ist vom menschlichen Standpunkt aus beurteilt, entweder der gewöhnliche Zustand der Sache, wie man ihn in gleichen Fällen bei anderen Sachen gewöhnlich auch hat, oder ein für den Menschen vom Standpunkt der Verwertbarkeit aus ungewöhnlicher Zustand. Dieser ungewöhnliche Zustand fördert entweder die Verwertbarkeit, so daß wir ihn als Vorzug bezeichnen, oder er hindert sie, so daß darin ein Mangel liegt. Natürlich ist es ganz klar, daß hierbei immer von dem einzelnen Zwecke ausgegangen werden muß, den sich die Parteien bei ihren Vereinbarungen vorgestellt haben und der auch dabei zum Ausdruck gebracht ist. Was in dem einen Falle ein Vorteil ist, können wir bei gleicher Beschaffenheit in einem anderen Falle als Mangel der Sache bezeichnen. Ein gutes Arbeitspferd ist noch lange kein gutes Reitpferd.

Der Mangel beeinträchtigt also immer die körperliche Sache als solche, geht zunächst von ihr aus, während das Recht des Dritten von außen an sie herantritt. Von diesem Begriffe geht auch die oben angeführte Theorie aus, aber es fragt sich, wie weit er Einschränkungen und Erweiterungen erfahren hat. Gegen obige Theorie spricht jedenfalls § 440 II BGB, worin die Eviktion als Rechtsmangel anders behandelt ist, als die übrigen Rechtsmängel der §§ 433—437 und 439. Vielleicht erklärt sich diese andere Behandlung aus der geschichtlichen Entwicklung; jedenfalls liegt darin aber schon eine Teilung der Rechtsmängel. Warum soll dann weiter das Recht an einer Sache nicht derartig schwerwiegend sein, daß es die natürliche Be-

---

[8]) In diesem Sinne hat auch das RG 69/355 entschieden, ähnlich die Entsch. in der JW 1909/132 Nr. 3.

schaffenheit der Sache verändert? Dann könnte man vielleicht einen Sachmangel annehmen, trotzdem dieser Mangel zunächst nicht von ihr ausgeht. Hierauf werden wir weiter unten noch eingehen.

Gehen wir zunächst von obigem Begriff aus, so liegt in der Trennung noch nicht, daß das eine durch das andere ausgeschlossen ist. Zumal bei dem bestehenden Recht eines Dritten kann dieses so erheblich sein, daß dadurch auch das Wesen der Sache geändert wird. Zum Unterschied von der vorhin angedeuteten Möglichkeit sollen in einem derartigen Falle Sachmangel und Rechtsmangel nebeneinander vorliegen, und nicht nur der „Rechtsmangel" derartig sein, daß man darin einen Sachmangel sehen müßte. Zu beachten wäre hier die gleiche Frage bei der Haftung des Vermieters nach den §§ 537 und 541 für Sachmängel bzw. Rechtsmängel[9]). Der Begriff des Fehlers der Mietsache entspricht dem beim Kauf[10]); ebenso ist der Umfang der Rechte Dritter der gleiche. Trotz der gemäß § 541 BGB im wesentlichen gleichartigen Behandlung beider Fälle sind die Paragraphen nicht durch eine einheitliche Vorschrift ersetzt worden. Auch hier wären demnach, obwohl die Streitfrage wegen der gleichen Haftung geringere Bedeutung hat, die beiden Fälle gegeben, daß einmal der „Rechtsmangel" derartig ist, daß man darin einen Sachmangel sehen müßte, andererseits Rechtsmangel und Sachmangel nebeneinander vorliegen könnten.

Beide Möglichkeiten sind aber nicht überall zugegeben. Man hat sogar umgekehrt behauptet, daß darin eine Verwischung der Begriffe liege[11]). Wenn ich aber ein Baugrundstück kaufe und es nicht bebauen kann, so ist es doch ganz gleichgültig, ob ich den Bau darauf nicht errichten kann, weil der Boden dazu nicht geeignet ist, z. B. sumpfig ist, oder die Baupolizeibehörde auf Grund einer Fluchtlinienverordnung die Fluchtlinien derart weit zurückverlegt hat, daß der Rest des Grundstückes nicht mehr die genügende Tiefe für einen Bau hat, oder ein Nachbar ein Recht an dem Grundstück hat, kraft dessen er mir jeden Bau untersagen kann oder auch nur jeden Bau bis zu einer gewissen Entfernung von der Straße. Tatsache bleibt in allen Fällen doch, daß der Bauplatz nicht bebaut werden kann, daß er insofern einen Mangel hat. Gegenüber dem letzten Fall ist deshalb folgende Entscheidung zu beachten (JW 1907/478 No. 9): Der Kläger hatte vom Beklagten ein Grundstück gekauft, auf dem ohne polizeiliche Genehmigung ein Heuschuppen und ein Geräteschuppen errichtet waren. Demgemäß hat die Stadt als Inhaberin der Polizeigewalt dem Kläger den Abbruch der beiden Schuppen aufgegeben. Der Kläger erblickte hierin einen Mangel im Recht und verlangte deswegen Ersatz. Gehen wir von obiger Definition aus, daß der Mangel

---

[9]) Vgl. code civil Art. 1726.
[10]) Leonhard Schuldrecht II, S. 147; 45; Oertmann § 537.
[11]) Leonhard II S. 31.

einer Sache von ihr selbst ausgeht, das Recht dagegen von außen an sie herantritt, so kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Vor der Errichtung der Schuppen bestand ein Recht der Polizei an dem Grundstück nicht; ob man hier vielleicht ein „ruhendes" Recht annehmen will, kann dahingestellt bleiben; jedenfalls kann es nicht geltend gemacht werden. Mit der Errichtung der Schuppen wurde aber der Zustand des Grundstücks polizeiwidrig; die Polizei, die nunmehr ihr Recht geltend machen kann, gab daher dem Kläger auf, die Schuppen wieder zu beseitigen. Nach obiger Theorie müßte darin das Recht eines Dritten liegen; demnach haftete der Verkäufer nach § 434/440 BGB. Anders hat aber das RG entschieden, das hier einen Sachmangel und deshalb eine Haftung nach 459 BGB annahm. Daneben müssen wir aber auch den später vom RG in der oben angeführten Entscheidung 105/390 vertretenen Standpunkt berücksichtigen. In diesem letzteren Falle nahm das RG ein „Recht" im Sinne des § 434 BGB an, ohne näher darauf einzugehen, ob eine Behörde Dritter i. S. des § 434 BGB sei. Besteht aber insofern ein großer Unterschied zwischen der Steuerbehörde als Behörde und der Polizeibehörde als solcher? Beide üben doch staatsrechtliche Funktionen aus. Oder sollte es daran liegen, daß bei der Steuerbehörde Behörde und Fiskus zusammenfallen? Dies alles gibt aber keine Erklärung dafür. Damit hätten wir aber in vorliegenden Fällen schon Beispiele für eine Konkurrenzmöglichkeit der §§ 434 und 459. Denn bei der oben in den Entscheidungen RG 105/390 und 59/400 dargelegten Auslegung des § 434 BGB wird man jedenfalls nicht davon ausgehen können, daß die Behörde als solche nicht Dritte im Sinne des § 434 sein und deshalb nur § 459 BGB zur Anwendung kommen könne.

Wird die Konkurrenz aber dann ausgeschlossen durch die an die beiden Paragraphen geknüpften verschiedenen Folgen?

Diese Frage ist dann zu verneinen, wenn es sich bei einer Sache um mehrere Fehler handelt und der Anspruch hieraus teilweise auf § 434, teilweise auf § 459 BGB gestützt wird[12]). Dagegen wird man aber wegen der verschiedenen Folgen beider Paragraphen bei ein und demselben Fehler eine Konkurrenz und auch eine elektive Konkurrenz verneinen müssen. Denn dem Käufer kann nach der Verjährung seines Anspruchs aus § 459 BGB unmöglich noch ein Anspruch aus § 434 gegeben sein. Dies würde gegenüber demjenigen, bei dessen Anspruch es sich offenbar um einen Gewährleistungsanspruch aus § 459 handelt, eine zu große Unbilligkeit darstellen.

Wie ist aber dann eine Abgrenzung zwischen beiden Paragraphen zu ziehen?

Gehen wir wieder aus von dem Fall, daß die Polizei dem Käufer eines Grundstücks aufgab, die aufgebauten Schuppen abzureißen.

---

[12]) Vgl. JW 1912/461, Staub Anm. 37 ff; Exkurs zu § 374, RG in JW 03 Beil. S. 8. A. A. Staudinger § 440 B 3, u. a. m.

Hier muß man doch feststellen, daß der Beklagte gar nicht in der Lage ist, die Beschränkung zu beseitigen. Es ist eben bei jedem Zusammenleben von Menschen eine Rücksichtnahme aufeinander und ein Unterordnen unter das Ganze erforderlich, und gewisse allgemeine Interessen werden evtl. zwangsweise durchgesetzt. Wenn hierdurch die Lebensgüter des einzelnen betroffen werden, so liegt das in der Natur der Gemeinschaft, die ohne Zwang und entsprechende Unterordnung des einzelnen nicht existieren kann. Insofern unterliegen auch die Lebensgüter des einzelnen gewissen Interessen der Allgemeinheit. Derartige Pflichten müssen aber auch bei allen Lebensgütern vorausgesetzt werden. Sie sind Eigenschaften der Sachen. Wenn deshalb bei unserer obigen Theorie von den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften ausgegangen wird, so dürfen wir nicht nur die natürlichen Voraussetzungen unterstellen, sondern müssen ebenfalls die rechtlichen Besonderheiten darunter rechnen, die tatsächlich die Genußmöglichkeiten des Käufers beschränken. Dies ist aber um so mehr der Fall, als § 436 BGB nicht alle öffentlichen Rechte umfaßt und auch § 440 II bezüglich der Eviktion eine andere Regelung vorsieht.

Natürlich kann man nun nicht davon ausgehen, daß alle öffentlichen Lasten, die nicht durch § 436 geregelt sind, unter § 459 BGB fielen. Aber gerade bei derartigen Fällen ist zu berücksichtigen, inwieweit ein derartiges Recht ablösbar ist. Ist es vom Verkäufer nicht zu beseitigen, so muß man unbedingt zu einer Anwendung des § 459 BGB kommen. Denn bei reiner Anwendung des § 434 würde man folgerichtig zu § 306 kommen müssen, da dann eine unmögliche Leistung vorläge. Damit ist dem Käufer aber gar nicht gedient, da er dann — zumal, wenn er Interesse an der Sache hat — keine Minderung geltend machen kann.

Ebenso ist aber auch das private Recht eines Dritten praktisch eventuell nicht ablösbar, z. B. das vereinbarte Anbaurecht zwischen 2 Nachbarn. Hier bestände evtl. nur die Möglichkeit, das nachbarliche Haus aufzukaufen. Das wäre aber dem Verkäufer nicht zuzumuten. Insofern würde man auch in diesem tatsächlichen Verhältnis eine Eigenschaft der Sache sehen müssen. Deshalb wären weiter als Eigenschaften einer Sache solche wirtschaftlichen, rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse der Sache anzusehen, deren Beseitigung dem Verkäufer allgemein nicht zugemutet werden könnten. Dieser Fall kann natürlich nur generell nach allgemeiner Lebenserfahrung geregelt werden und nicht für jeden Fall getrennt, daß z. B. zu berücksichtigen wäre, ob der Berechtigte das Recht aufgeben wollte oder nicht.

In einem ähnlich gelagerten Falle hat man aber versucht, aus dem Begriff des § 459 BGB heraus die Anwendung zu verneinen, um so zu § 434 BGB zu kommen. In RG 69/429 handelte es sich um den

Verkauf eines Fabrikgeschäftes, dessen Betrieb dem Erwerber hinterher durch den Inhaber eines Patents verboten wurde, da eine Patentverletzung vorlag. Hier lag nach RG eine mangelnde Sacheigenschaft des Geschäfts vor; demnach kam § 459 BGB zur Anwendung. Dagegen hat sich Isay[13]) gewandt: die Entscheidung sei unrichtig; es könne hier nur § 434, nicht § 459 BGB zur Anwendung kommen, da der Verkäufer bloß die Genehmigung des Patentinhabers beizubringen brauche oder es erwerben oder vernichten könne; dann verschwände die „Eigenschaft".

Gerade Isay muß man aber erwidern, daß seine Methoden dem Verkäufer nicht zumutbar sind.

Diese beiden Begriffe der „Nichtablösbarkeit" oder „Nichtzumutbarkeit" umfassen aber auch alle Fälle einer eventuellen Streitfrage zwischen § 434 und § 459 BGB. Nur wird man hiergegen einwenden können, daß sie zu unbestimmt und ungenau seien. Wenn man aber davon ausgehen wollte, nicht jeden Fall speziell auf die Zumutbarkeit oder Ablösbarkeit zu prüfen, sondern in dieser Hinsicht generelle Erfahrungssätze anwenden würde, wäre in dieser Hinsicht schon eine etwas festere Grundlage gewonnen. Bei anderen Rechtsfragen hat sich die Wissenschaft außerdem ebenso oder ähnlich geholfen, z. B. bei der Frage nach der Kausalität u. a. m.

Ebenso sind aber auch ähnlich gelagerte Fälle zu behandeln und entschieden worden, z. B. die Belastung eines Grundstücks mit einer Baubeschränkung durch einen vorliegenden Fluchtlinienplan oder die Unbewohnbarkeit eines Hauses wegen polizeiwidrigen Zustandes[14]). Wenn man bei derartigen Fällen eventuell mal § 459 verneint hat[15]), so geschah dies nur in Anwendung des § 459 I 2, indem man hier den Mangel für unerheblich hielt. Selbst hier in § 459 würde man auf eine ähnliche Streitfrage stoßen wie wir oben zwischen § 434 und 459 BGB feststellten, da der Begriff der „Unerheblichkeit" genau so dehnbar ist, wie etwa der der Zumutbarkeit oder Ablösbarkeit. Zudem hatten wir den Begriff der „Nichtablösbarkeit" nur bei öffentlichen Belastungen angenommen, und dieser muß hier auch insofern gelten, als es sich um dauernde Belastungen handelt, deren Beseitigung nur durch staatlichen Hoheitsakt erfolgen kann. Handelt es sich dagegen um ablösbare öffentliche Belastungen, etwa um eine einmalige Steuer oder um eine in eine Rente umgewandelte Steuer, so muß auch hier der zweite Grundsatz der „Nichtzumutbarkeit" gelten. Und dieser zweite Grundsatz hat im BGB schon bei der Frage der Unmöglichkeit § 306 ff eine eingehende Erörterung erfahren, so daß wir hier näher darauf nicht einzugehen brauchen[16]).

---

[13]) Patentges. S. 317.

[14]) Ebenso Soergel zu § 434 BGB; RG in der Bay.Z. 1923/148.

[15]) Z. B. Staub, § 377 Anm. 42.

[16]) Vgl. Leonhard Schuldrecht I S. 293, Oertmann, Vorbem. vor § 275,3; Planck, Vorbem. vor § 275 III, 1.

Eine derartige Einschränkung des § 434 und Erweiterung des § 459 ist auch weit annehmbarer, als wollte man in solchen Fällen nach Analogie der öffentlichen Lasten (§ 436) die Haftung ganz ausschließen[17]).

Bezüglich der Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 459 BGB wäre aber noch zu prüfen, ob nicht etwa durch Verschmelzung der Sach- und Rechtsmängelhaftung eine andere Lösung zu erzielen wäre. Hier ist aber von Bedeutung, daß bei Lieferung einer Sache, zumal bei einer Speziesschuld, die Lieferung der mangelhaften Sache bei einem unbehebbaren Fehler keine vertragswidrige Erfüllung darstellt, da der Verkäufer die Sache doch nur in dem Zustande liefern kann, in dem sie sich — mit Ausnahme der besonderen Zusicherung der Eigenschaft einer Sache — bei Abschluß des Vertrages befindet, und der Vertrag evtl. sonst gemäß § 306 BGB nichtig ist, da er sich auf eine ursprünglich unmögliche Leistung bezieht. Dies trifft daneben bei dem Rechtsmangel nicht zu. Die Übertragung des unbeschränkten Eigentums oder die Verschaffung des tatsächlichen ungestörten Habens[18]) an einer dem Veräußerer — im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses — nicht gehörigen oder mit fremden Rechten belasteten Sache stellt keine unmögliche, sondern eine schwierige Leistung dar. Das Gesetz kann den Veräußerer also zu einer solchen Leistung verpflichten, ohne ihm die Verpflichtung zu einer unmöglichen Leistung aufzuerlegen. Und in der Verpflichtung des § 434 BGB ist auch tatsächlich eine solche ausgesprochen. Die Lieferung einer mit einem Rechtsmangel behafteten Sache begründet also nur den Tatbestand vertragswidriger Erfüllung. Darin besteht aber eine nicht überbrückbare Verschiedeheit zwischen den §§ 434 und 459 BGB.

Eher wäre de lege ferenda eine Nachbildung des österreichischen Rechts anzunehmen. Hier ist es nach h. M. gleichgültig, ob ein Rechtsmangel oder Sachmangel vorliegt, da beide daraus entstehenden Ansprüche bezüglich der Folgen gleich behandelt werden. Damit entfällt zwar die Streitfrage selbst noch nicht, sie ist aber praktisch ohne Bedeutung.

## § 2. Grenzfälle zwischen den §§ 434 und 437 ff BGB.

Ähnliche Streitfälle finden wir wieder zwischen den §§ 434 und 437 BGB. Da auch hier eine erschöpfende Aufzählung unmöglich ist, wollen wir nur einige Gruppen von Fällen herausgreifen, bei denen dieser Streitpunkt häufiger in Erscheinung tritt, zunächst folgende zwei Gruppen: die Veräußerung von Geschäftsanteilen und der Verkauf oder die Lizenzerteilung von Patenten.

---

[17]) Vgl. RG in Gruch.Beitr. 47/837 Nr. 207.
[18]) Leonhard Schuldrecht II S. 24 ff.

Gemäß § 437 BGB haftet der Verkäufer bzw. Lizenzgeber für den „Bestand des Rechts", während ihn nach § 434 BGB die Verpflichtung trifft, den verkauften Gegenstand „frei von Rechten" zu verschaffen. Beiden Haftungsfällen ist gemeinsam, daß es sich um vertragliche Pflichten des Verkäufers handelt und daß das Haftungsmaß nach § 440 BGB dasselbe ist. Insofern verliert deshalb hier die Streitfrage an Bedeutung.

Wir können hier wieder von einer RG-Entscheidung ausgehen. Im Recht 1915 Nr. 1310 finden wir den Fall, daß die noch nicht voll-eingezahlten Geschäftsanteile einer G. m. b. H. veräußert wurden. Bezüglich der Verpflichtung zur Restzahlung nahm das RG hierzu an, daß die Gesellschaft nicht Dritte i. S. des § 434 BGB sei. Denn § 434 BGB beziehe sich nur auf solche Belastungen, deren Grund außerhalb des verkauften Gegenstandes liege und die Rechten Dritter entsprächen. Da aber der Geschäftsanteil an einer Gesellschaft die aus der Mitgliedschaft fließenden Einzelrechte und -verpflichtungen in sich umfasse und die Gesellschaft dem Inhaber des Anteils auch nicht als Dritter gegenüberstehe, treffe § 434 BGB auf Einlagerückstände nicht zu; es komme vielmehr § 437 BGB zur Anwendung[1]).

Andererseits hat aber das RG eine Anwendung des § 434 BGB angenommen; bei der Belastung eines verkauften Kuxes mit einem Zubußerückstand (Recht 1903 Nr. 2914), bei Mängeln eines mit verkauften Aktien verbundenen Nebenrechts, nämlich eines Pfandrechts für garantierte Dividende (56/253).

Bei Patenten ist zweifelhaft, ob der Verkäufer oder Lizenzgeber nach § 434 BGB oder § 437 BGB dem Käufer dafür zu haften hat, daß kein Vorbenutzungsrecht eines Dritten besteht; das RG[2]) hat hier eine Haftung überhaupt verneint.

Bei Wertpapieren ist die Frage besonders im Aufgebotsverfahren beachtlich. Wie weit wird hier der „Bestand des Rechts" betroffen, wie weit werden „Rechte Dritter" geltend gemacht?

Bei dem zunächst erwähnten Beispiel folgert sich die Begründung für § 437 BGB nicht daraus, daß die Gesellschaft dem Inhaber des Anteils gegenüber nicht „Dritter" ist. Denn wir hatten bereits festgestellt, daß derartige Rechte nach § 434 BGB nicht nur von Dritten geltend gemacht werden können, sondern sogar vom Veräußerer selbst. Die Ablehnung des § 434 BGB folgt vielmehr lediglich aus der Natur des Anteils selbst, der nicht nur die Verpflichtungen, sondern auch die aus der Mitgliedschaft fließenden Einzelrechte umfaßt. Durch die Nichtzahlung dieser Beträge werden deshalb auch die einzelnen Rechte mitbetroffen, vgl. §§ 13 ff G. m. b. H.-Ges. ins-

[1]) Ebenso Recht 1908 Nr. 2147, Brodmann Ges. betr. d. G. m. b. H. S. 66. Liebmann und Saenger Ges. betr. d. G. m. b. H., S. 98; Scholz, Komm. S. 196; Hachenburg GmbH.-Ges. Exkurs II zu § 15,3.

[2]) OLG 28/117; Reichenbaum und Leander I. S. 496.

besondere § 21. Damit wird aber der Bestand des Rechts selbst berührt. Deshalb haftet hier der Verkäufer nach § 437 BGB, und § 434 BGB findet keine Anwendung.

Bei Patenten ist gegenüber dem Vorbenutzungsrecht eines Dritten zunächst unzweifelhaft, daß dieses den „rechtlichen Bestand" des Patents nicht berührt (§ 437 BGB). Es gehört zur rechtlichen Natur jedes Patents, sich gegenüber solchen Vorbenutzungsrechten nicht durchsetzen zu können. Hieraus folgert aber dann weiter auch noch nicht, daß der Verkäufer dem Käufer das Recht zur Benutzung des Patents nicht verschafft habe. (§ 433 BGB). Und wenn § 434 BGB den Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den verkauften Gegenstand „frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können", zu verschaffen, so ist hiergegen zu betonen, daß das Vorbenutzungsrecht nach § 5 des Pat.-Ges. das Patent nicht belastet. Das Benutzungsrecht ist ein originäres, nicht wie die Lizenz ein abgeleitetes Recht. Das Patentrecht ist von vornherein mit der aus dem fremden Benutzungsrecht sich ergebenden gesetzlichen Einschränkung entstanden. Deshalb kommt auch § 434 BGB hier nicht zur Anwendung. Auch nach Treu und Glauben ist dieses Ergebnis als richtig anzusehen, da der Verkäufer ja gar nicht weiß und vielfach nicht wissen kann, daß dieses Recht besteht[3]).

Bei der dritten Art von Beispielen, den Wertpapieren, handelt es sich bei einer vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügten Zahlungssperre um eine Haftung des Verkäufers nach § 434 BGB; denn das in dem Wertpapier verkörperte Recht wird durch diese Zahlungssperre in seinem Bestande noch nicht berührt. Andererseits liegt darin aber ein Recht, das von Dritten gegen den Käufer eventuell geltend gemacht werden kann[4]). Falls dagegen z. Z. des Kaufs die erste gerichtliche Handlung im Aufgebotsverfahren und die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots schon erfolgt ist, greift nach h. M.[5]) § 437 BGB Platz: das Recht werde hierdurch in seinem Bestande unmittelbar berührt.

Zu beachten ist aber allgemein bei der Haftung für Rechtsmängel, daß der Käufer häufig trotz etwaiger Mängel durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb geschützt wird, er dagegen keinen Anspruch hat, wenn er beim Erwerb bösgläubig war (§ 439 BGB). Die Vorschriften über die Haftung wegen Rechtsmängel finden deshalb hauptsächlich nur dann Anwendung, wenn der Käufer trotz seines guten Glaubens wegen des § 935 BGB kein Eigentum erwirbt.

Um nunmehr wieder zu dem Streitpunkt zwischen den §§ 434 und 437 BGB zu kommen, so hängt es bei einer Abgrenzung davon ab,

---

[3]) Vgl. OLG 28/117; Reichenbaum und Leander die Rechtspr. in Patentsachen I S. 496 ff.

[4]) Warn. Komm. § 437 III; Staudinger § 434 II b 2; 4. RG 73/210.

[5]) Enneccerus I, 2 S. 331; Oertmann II S. 543; 4. Warn.Komm. § 437 III.

wie weit man den Begriff des § 434 BGB" frei von Rechten, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können" gegen den des „rechtlichen Bestands der Forderung oder des Rechts in § 437 BGB abgrenzen kann. Richtig ist unbedingt, daß das von außen auf den Gegenstand einwirkende Recht unter § 434 BGB fällt und § 437 BGB Platz greift, wenn die Beschränkung des Rechts in diesem selbst seine Begründung findet. Damit sind aber die Fälle nicht entschieden, bei denen, wie in der letzterwähnten Gruppe von Beispielen das von außen auf den Gegenstand einwirkende Recht derartigen Einfluß hat, daß dadurch der Bestand des Rechts selbst betroffen wird. Dann beide Paragraphen nebeneinander anzunehmen, muß schon aus obiger weiteren Begriffsabgrenzung abgelehnt werden. Die Entscheidung, ob dann § 434 oder § 437 BGB Anwendung finden soll, läßt sich jedenfalls generell nicht treffen: es bedarf der Prüfung des Einzelfalles. Die h. L.[6]) geht dagegen davon aus, immer § 437 BGB anzunehmen, wenn der Bestand des Rechts selbst irgendwie betroffen ist.

Hier wäre aber auch de lege ferenda eine Verschmelzung beider Paragraphen zu empfehlen. Die Streitfrage, die wegen der Gleichartigkeit der Folgen in beiden Fällen keine weittragende Bedeutung hat, würde damit ganz entfallen.

Unterstellt man aber hier die Ansicht der h. L., so läßt sich folgende weitgehende, wenn auch nicht völlig erschöpfende Auslegung und Abgrenzung des § 434 gegenüber den §§ 437 und 459 BGB geben, die sich ungefähr an den Wortlaut des Entwurfs hält:

„Der Veräußerer eines Gegenstandes haftet dafür, daß nicht Rechte an dem Gegenstand und daß auch nicht sonstige auf den Gegenstand sich beziehenden Rechte bestehen, welche ein Dritter gegen den Erwerber geltend machen kann, soweit diese Rechte den Bestand des Gegenstandes selbst nicht berühren.

Rechte im Sinne dieses Paragraphen sind nicht die tatsächlichen und rechtlichen Eigenschaften des Gegenstandes, deren Beseitigung dem Verkäufer rechtlich unmöglich oder nicht zumutbar ist."

## § 3. Grenzfälle zwischen den §§ 437 ff und 459 ff BGB.

### A. Handelsgeschäft, Handelsgewerbe, Unternehmen u. a. m.

Wir kämen somit zu der dritten Gruppe von Fällen, den Grenzfällen zwischen den §§ 437 und 459 BGB. Gehen wir auch hier wieder von einem Beispiel aus: RG 63/57:

Nach der Vertragsurkunde vom 11. 1. 1902 hatte der Beklagte dem Kläger sein in einem gemieteten Raume zu Mühlheim betrie-

[6]) Vgl. Anmerkung 5.

benes Fisch- und Delikatessengeschäft zum Preise von 1500 RM verkauft. Gegenstand des von den Parteien als „Kauf" bezeichneten Rechtsgeschäft war nach der gegebenen Sachlage die Überlassung des in den Mieträumen betriebenen Handelsgewerbes mit Kundschaft, sowie die Übertragung der Ladeneinrichtung mit etwa vorhandenen Vorräten. Dabei war für die Parteien die Überlassung des Handelsgeschäftes mit Kundschaft der maßgebende Teil des Rechtsgeschäftes. Ladeneinrichtung und Vorräte hatten nur einen geringen Wert; ihre Übertragung hatte für die Parteien nach der gegebenen Sachlage nur nebensächliche Bedeutung. Nach Annahme der Instanzgerichte hatte der Beklagte dem Kläger bei Vertragsabschluß zugesichert, daß das erwähnte Handelsgewerbe bis dahin wöchentlich einen Reinverdienst von etwa 100 RM hatte. Am 11. 1. 1902 hatte der Kläger das Geschäft übernommen und auch in der Folge den Kaufpreis bezahlt. Im September erhob er Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus § 463 BGB, weil dem verkauften Gegenstand die zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe.

In erster Linie wäre hier zu prüfen, ob der Verkauf eines Handelsgeschäftes den allgemeinen Vorschriften über Kauf unterstellt werden kann. In Betracht kommt hier, daß man ein Handelsgeschäft nicht als eine einheitliche Sache im Rechtssinn bezeichnen kann; es ist vielmehr ein Komplex von Wirtschaftsgütern, an denen mannigfaltige subjektive Rechte bestehen oder bestehen können. Ein solches Geschäft kann z. B. aus einer Sachgesamtheit bestehen, aus nur beweglichen oder nur unbeweglichen Sachen oder aus beiden zusammen, aus Rechten und Forderungen usw. Die Zusammensetzung ist je nach der Geschäftsart verschieden.

Soll dann bei Rechten und Forderungen ein Anspruch nach § 437 BGB geltend gemacht werden können und dieser Anspruch erst in 30 Jahren verjähren, bei Grundstücken und beweglichen Sachen dagegen § 459 BGB zur Anwendung kommen und die Verjährungsfrist entsprechend nur 1 Jahr oder 6 Monate betragen? Oder muß man nicht hier eine einheitliche Vorschrift gelten lassen? Ein solches Geschäft wird doch eben als wirtschaftliches Ganzes und insofern als ein einheitlicher Kaufgegenstand veräußert. Es macht sich dieser Gesichtspunkt erst recht geltend, wenn ein Grundstück mit dem darauf betriebenen Geschäft zugleich veräußert wird. In allen solchen Fällen liegt eben wirtschaftlich ein einheitlicher Gegenstand vor.

Es könnte zwar — wie schon betont — in manchen Fällen ein solches Geschäft nur in einer Sachgesamtheit bestehen, wobei es dann wegen der Gewährsleistungsfolgen gleichgültig wäre, ob man hier eine Einheit oder Mehrheit annimmt. Ebenso kann aber auch ein Unternehmen nur aus Rechten und Forderungen bestehen. In den meisten Fällen liegt aber, wie auch oben, eine Zusammensetzung aus

beiden vor. Schließlich kann aber das Geschäft auch bloß aus der Fasson bestehen.

Kann man zunächst für einen solchen, wirtschaftlich einheitlichen Gegenstand den § 433 BGB anwenden? Liegen bei etwaigen Fehlern die Voraussetzungen für § 437 oder § 459 BGB vor?

Für 437 spricht hier zunächst, daß häufig neben dem Inventar eines Geschäfts auch Rechte und Forderungen verkauft werden. Man kann diese aber unmöglich selbständig behandeln, da sie doch Bestandteile des ganzen Geschäfts sind. Kann man nun, wenn bei einem Unternehmen Forderungen und Rechte mit verkauft werden, bei etwaigen Fehlern des rechtlichen Bestandes dieser Forderungen und Rechte das ganze Unternehmen oder Handelsgeschäft nach § 437 BGB behandeln? Die Frage ist umso mehr berechtigt, als die Forderungen und Rechte den hauptsächlichen Vermögensbestandteil des Geschäfts bilden können, ohne sie das Geschäft wertlos ist und der Käufer es nie gekauft haben würde. Oder wird man bei derartigen Fehlern, die doch den Bestand des ganzen Unternehmens betreffen, den § 459 BGB anwenden können? Sowohl § 433 wie § 459 sprechen nur von dem Verkauf einer „Sache". Kann man nun ein Handelsgeschäft oder Unternehmen als „Sache" im Sinne des Gesetzes ansehen?

Letztere weitere Anwendung des „Sach"-Begriffs lehnen Oertmann[1]), Düringer[2]) und Düringer-Hachenburg[3]) vollständig ab. Sie beziehen sich in erster Linie auf die Legaldefinition des § 90 BGB, daneben aber auch auf die Verjährungsvorschriften und deren Fristen in den §§ 195 und 477 BGB.

Zunächst müsse davon ausgegangen werden, daß „Sachen" im Sinne des Gesetzes nur „körperliche Gegenstände" seien. Diese Legaldefinition wolle der Gesetzgeber überall da, wo er im Gesetz von „Sache" spreche, angewendet wissen. Deshalb könne auch bei einem Handelsgeschäft § 433 oder § 459 niemals zur Anwendung kommen, da die Paragraphen ausdrücklich an dem „Sach"-Begriff festhielten. Denn das Handelsgeschäft, Unternehmen usw. sei keine „Sache" im Sinne des Gesetzes.

Daneben sei aber bei einem Handelsgeschäft die Verjährungsfrist bzgl. der Gewährsleistungsansprüche nach §§ 459/477 BGB viel zu kurz[4]). Denn das Gesetz beruhe hier auf der Erwägung, daß der Käufer einer Sache als eines körperlichen Gegenstandes in der Regel in der Lage sei, sie sofort zu prüfen und sich von ihrer Beschaffenheit zu überzeugen. Deshalb entspräche es den Verkehrsbedürfnissen, insbesondere auch der Billigkeit und Sicherheit, daß der Käufer mit sei-

---

[1]) Ehrenbergs Handb. IV 2 S. 360.
[2]) LZ. 1918/79; 1907/131; Recht 1908/262.
[3]) HGB § 25 Anm. 14 b, Bd. III Einl. Anm. 176.
[4]) Auch Staudinger hält die kurze Frist für bedenklich.

nen Ansprüchen länger als 6 Monate nach der Ablieferung warten könne. Zumal bei einer nicht körperlichen Sache, einem Handelsgeschäft usw., sei aber die Prüfung des Werts und der Tauglichkeit in der Mehrzahl der Fälle überhaupt nicht möglich. Hier müsse erst die Bilanz bzw. das Jahresergebnis abgewartet werden. Besonders sei dieses aber auch bei Saisongeschäften der Fall, wo häufig die Frist des § 477 BGB schon abgelaufen sei, bevor überhaupt die Saison begonnen und der Käufer auch nur einen Überblick über das Geschäft gewonnen habe.

Deshalb müßten hier die allgemeinen Grundsätze über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge Anwendung finden.

Danz[5]) will zwar die Vorschriften der §§ 433/459 BGB auf Handelsgeschäfte angewendet wissen, will aber abweichend von § 477 BGB dem Richter die Einsetzung einer angemessenen Frist in Eigenmacht zuweisen[6]). Ähnlich verneint Planck[7]) die Anwendung des § 222 BGB; es läge hier eine Lücke im Gesetz vor, deren Ausfüllung dem Richter zustehe.

Diesen Erwägungen, denen vielleicht in einzelnen Punkten zugestimmt werden kann, hat sich die h. M.[8]) nicht angeschlossen. Sie verlangt eine analoge Anwendung des § 459 BGB zunächst mit Rücksicht auf Treu und Glauben, dann aber auch aus Gründen der Verkehrssicherheit, da der Verkäufer baldige Gewißheit haben müsse, ob das Geschäft in Ordnung gehe. Denn schon nach kurzer Zeit könne ein Geschäft in seinem Wesen so verändert sein, daß ein Nachweis des Zustandes z. Z. der Übergabe nicht mehr möglich sei.

Nur bzgl. der Anwendung des § 477 ist hier neben den bereits oben Genannten teilweise die Literatur noch abweichend, da die Verjährungsfrist für zu kurz gehalten wird.

Pisko[9]) will beim Unternehmen eine entsprechende Anwendung der üblichen Verjährungsfrist für Grundstücke von einem Jahr. Denn die wirtschaftlichen Gründe, die zur Feststellung einer längeren Verjährungsfrist für unbewegliche Sachen geführt hätten, träfen auch beim Unternehmen zu.

Isay[10]) hält ebenfalls die Vorschrift des § 477 BGB, wonach die aus Mängel der Sache hervorgehenden Ansprüche bei beweglichen Sachen in 6 Monaten verjähren, für den Unternehmenskauf für un-

---

[5]) Jher. Jahrb. 54/70.
[6]) Vgl. auch Fuchs LZ. 1918/298.
[7]) Komm. Bem. zu § 477,1 a. E.
[8]) RG 63/57; 67/86; 69/429; 98/289; 100/200; Pisko in Ehrenb. Handb. II 1 S. 223, RGR-Komm. § 459 Anm. 4 I b, Staudinger II 2 § 477,2 m, Staub III Vorberm. vor § 373, § 377 Anm. 5 u. 42; auch Isay, Recht am Unternehmen unterstützt diese Ansicht, will hier aber große Modifikationen gelten lassen.
[9]) Ehrenb. Handb. II 1 S. 223.
[10]) Recht am Unternehmen 153.

anwendbar. Denn zunächst könne man rechtlich erhebliche Bedenken tragen, das Unternehmen als einen beweglichen Gegenstand anzusehen; sodann träten aber auch in der Mehrzahl der Fälle die Fehler überhaupt viel später in Erscheinung, also erst dann, wenn nach § 477 BGB eine Wandlung oder Minderung nicht mehr zulässig sei, z. B. bzgl. der Rentabilität. Er will deshalb die für Grundstücke geltenden Gewährsleistungsfristen auf das Unternehmen anwenden. Nur bei beweglichen Sachen sei deswegen eine kürzere Frist normal, weil hier der Verkehr an der rascheren Abwicklung der Geschäfte Interesse habe. Bei Immobilien bedürfe der Erwerber dagegen mit Rücksicht auf deren höheren Wert einer längeren Verjährungsfrist. Die gleichen Erwägungen träfen aber auch bei dem Unternehmen zu. Nach Treu und Glauben müsse deshalb auch hier die längere Verjährungsfrist für Grundstücke Anwendung finden.

Heymann[11]) will kurzweg alle diejenigen Eigenschaften der Kaufsache, die der Käufer erkennbarerweise als selbstverständlich voraussetzt, als dem Käufer stillschweigend zugesagt wissen und auf diesem Wege zu einer längeren Verjährungsfrist kommen. Hiergegen hat sich aber besonders Reichel[12]) gewandt.

All diesen Ansichten und auch den oben erwähnten ablehnenden Meinungen bzgl. der Anwendung des § 459 BGB liegt der einheitliche Gedanke zugrunde, daß der Käufer in der kurzen Zeit von 6 Monaten noch keinen Überblick über das Geschäft gewinnen könne und daß aus diesem Grunde eine längere Verjährungsfrist gelten müsse.

Eine entsprechende Regelung hat sich übrigens auch schon im Schweizer Recht Art. 201 gefunden. Danach „soll der Käufer, sobald es nach dem üblichen Geschäftsgange tunlich ist, die Beschaffenheit der empfangenen Sache prüfen und, falls sich Mängel ergeben, für die der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, diesem sofort Anzeige machen. Versäumt dieses der Käufer, so gilt die gekaufte Sache als genehmigt, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der übungsgemäßen Untersuchung nicht erkennbar waren. Ergeben sich später solche Mängel, so muß die Anzeige sofort nach der Entdeckung erfolgen, widrigenfalls die Sache auch rücksichtlich dieser Mängel als genehmigt gilt."

Diese Vorschriften haben aber auch die Gefahr in sich, daß man zu einem ganz verschiedenen Ergebnis kommen muß, je nachdem, was man unter „übungsgemäßer Untersuchung" versteht. Ob deshalb einem derartigen Gesetz gegenüber unseren festen Verjährungsvorschriften der Vorzug zu geben ist, kann dahingestellt bleiben.

Wie unser BGB, hat aber auch das österreichische Gesetz die Frage geregelt, das bestimmte feste Fristen annimmt; §§ 932/933 ABGB.

---

[11]) Anfechtung, Sachmängelgewähr use. 1913 S. 26.
[12]) Hanseatische Rechtszeitschrift 1923/401.

Es ist aber bezüglich obiger Ansichten nicht einzusehen, weshalb gerade in solchen Fällen der Käufer geschützt sein soll und in ähnlich liegenden Fällen bei beweglichen Sachen dieser Rechtsschutz fortfallen soll. Der Wert des Kaufobjektes ist hier nicht maßgebend, kann es auch nicht sein, da es sich evtl. auch hier um kleine Geschäfte handelt, die nur geringen Wert haben, während andererseits der Käufer einer beweglichen Sache z. B. eines Schmuckstückes, eines Autos u. a. m., evtl. einen weit wertvolleren Gegenstand kauft. Der Wert allein ist deshalb kein brauchbares Argument. Dazu kommt aber der Gesichtspunkt, daß durchweg bei Käufen von größeren Geschäften und Unternehmen der Käufer Fachmann ist, der viel rascher einen Ueberblick gewinnen kann. Nehmen wir dagegen mal den Fall, daß ein Autoliebhaber, der kein Fachmann ist, sich — wie es heute häufig vorkommt — auf der Autobörse einen Wagen kauft, daß dieser Wagen z. B. ausgeschlagene Zylinder hat, die weiter die Fahreigenschaften des Wagens wenig beeinträchtigen, wodurch der Wagen aber einen ungeheuren Oelverbrauch hat. Bei der ersten Reparatur nach 7 Monaten erfährt er den Sachverhalt von dem Autoschlosser. Auf Wandlung oder Minderung kann er hier nicht mehr klagen, auch seinen Anspruch nicht auf § 463 BGB stützen, da für den Verkäufer bei einem derartigen Fehler eine Pflicht zur Mitteilung nicht besteht, also auch kein arglistiges Verschweigen vorliegt. Und doch liegt ein Fehler im Sinne des § 459 BGB vor.

Dagegen ist beim Unternehmenskauf diese Gefahr weniger naheliegend, da, — wie schon gesagt — meistens ein Fachmann das Geschäft kauft. Hier käme nur der eine Fall des Saisongeschäftes in Frage, wobei sich aber auch jeder gewiegte Kaufmann den Ertrag oder Umsatz garantieren läßt. Bei dem normalen Geschäft ist dagegen in einem Zeitraum von 6 Monaten ein Ueberblick über das Unternehmen zu gewinnen. Der Käufer kann ja evtl. eine Zwischenbilanz aufstellen, falls er nicht so in der Lage ist, einen Ueberblick zu gewinnen.

Bei Saisongeschäften wird in vielen Fällen der Käufer das Geschäft erst bei Beginn der Saison kaufen; auch hier genügt dann die Verjährungsfrist von 6 Monaten. Kauft er es dagegen nach Schluß der Saison und läßt er sich den Umsatz und sonstige Eigenschaften nicht garantieren, so kauft er es doch auch entsprechend billiger, da das Kapital sonst für den Verkäufer nur tot daliegt, muß aber dafür auch das Risiko mit übernehmen.

Andererseits kann man aber dem Verkäufer nicht zumuten, daß bei einem evtl. weit späteren Anspruch des Käufers auf Wandlung er den Nachweis der Rentabilität etc. z. Z. des Ueberganges des Geschäftes erbringe. Der Käufer kann durch eigenes Verhalten das Geschäft schon lange heruntergewirtschaftet haben und will dann evtl. Wandlung verlangen.

Will man so also das Risiko des Käufers vermindern, so wächst damit in gleichem Maße das des Verkäufers, so daß man in beiden Fällen nicht zu einem befriedigenden Ergebnisse kommen könnte.

Das RG[13]) kommt im Gegensatz zu obigen Ansichten aus gleichen und ähnlichen Gesichtspunkten zu einem weiteren Sachbegriff, also auch zu einer analogen Anwendung des § 459 BGB und auch zur Anwendung des § 477 BGB:

Zumal aus Treu und Glauben müsse man zu dieser Anschauung kommen, insbesondere aber auch den Begriff: „Sache" in § 459 BGB weiter fassen als den des § 90. Das röm. Recht habe ähnliche Gedanken vertreten, die Geschichte des BGB weise zudem — besonders in den Protokollen — auf eine weitergehende Auslegung hin.

Gegen diese Ansicht hat sich besonders Düringer[14]) gewandt, andererseits hat er aber bei der gleichen Streitfrage bei 119 II BGB die engere Auslegung des RG (73/136) angegriffen, da gerade hier gegen die sachliche Richtigkeit der Ansicht des RG und ihr praktisches Ergebnis schwere Bedenken beständen. Dieser letztere Standpunkt ist aber für ihn unhaltbar; denn, wie er sich an anderer Stelle ausdrückt, „will der Gesetzgeber, wo er von Sachen spricht, darunter nur körperliche Sachen" verstehen. Damit greift er aber seine eigene Ansicht zu § 119 II BGB an.

Die Literatur hat sich jedenfalls zu weit größerem Teil den weiteren Standpunkt zu eigen gemacht; sie wendet die §§ 433; 459 BGB auf „Gegenstände", also auf andere Lebensgüter entsprechend an[15]). Teilweise folgt man hier der Rechtsprechung des RG bei Auslegung der §§ 90; 119 II; 433; 459; z. T. findet man hier aber grundsätzliche Abweichungen bei der Auslegung des § 90 BGB, z. B. Neukamp[16]).

Der Standpunkt Düringers, Düringer-Hachenburgs und Oertmanns wird mit Recht abgelehnt werden müssen. Wie schon Düringer selbst bei § 119 II die weitere Auslegung des „Sach"begriffs auf Gegenstände empfahl, liegen doch bei § 459 erst recht die Voraussetzungen dafür vor. Man kann doch nicht die Rechte und Sachen eines Unternehmens, das ein wirtschaftliches Ganzes bildet und als solches verkauft ist, verschieden behandeln und teilweise § 437 teils § 459 BGB anwenden. Und wenn der gekaufte Gegenstand unter keinen der beiden Begriffe fällt, wie z. B. die Fasson, soll man dann als Drittes auf die allgemeinen Bestimmungen des BGB zurückgreifen müssen? Wie wäre es dann, wenn man z. B. wegen der mangelhaften Waren bei einem Handelsgeschäft Wandlung verlangen könnte,

---

[13]) 63/57; 67/86; 98/289; 100/200.

[14]) LZ. 1918/79.

[15]) Enneccerus I 2 S. 340; Loewenwarter III S. 1 ff u. 52, Staudinger §§ 433; 459, Staub § 377 Anm. 5 u. 42, RGR-Komm. § 459 Nr. 4, Jung bei Stammler S. 590, Neukamp in der Monatsschr. f. Handelsrecht 1905/1 ff.

[16]) Neukamp a. a. O. S. 1 ff.

mit der Rückgängigmachung des Kaufs der übrigen Gegenstände? Müßte man hier auf § 139 BGB zurückgreifen? Für den Verkäufer und Käufer bildeten doch die verkauften bzw. gekauften Gegenstände insgesamt nur ein Kaufobjekt, das aber durch obige verschiedenartige Behandlung erheblich an Wert verlieren würde.

Aus allem ergibt sich, daß das ganze Handelsgeschäft auch bzgl. der Ansprüche aus Mängeln gleich behandelt werden muß.

Dann aber kann § 437 BGB nicht zur Anwendung kommen, weil eine Ausdehnung des Begriffs der „Forderungen und Rechte" auf körperliche Gegenstände logisch nicht denkbar ist.

Ebenso ist es aber auch mit den Verjährungsfristen, die ein Jahr betragen sollen. Abgesehen davon, daß — wie schon oben erwähnt — bei größeren Geschäften eine Zusicherung und Garantie seitens des Käufers verlangt wird und zumal das Handelsrecht als Recht der Kaufleute — um diese handelt es sich doch meistens beim Kauf eines Handelsgeschäfts — den kaufmännisch und juristisch nicht geschulten nicht schützt — man denke z. B. an die strengen Bestimmungen der WO —, ist aber auch die willkürliche Annahme einer einjährigen Verjährungsfrist auf Handelsgeschäfte unangebracht. Es würde vielleicht in einzelnen Fällen durch diese Frist noch mancher Anspruch geltend gemacht werden können, aber doch nicht immer. Wenn z. B. in einem Winterkurort ein Käufer im März einen Hotelbetrieb kauft, der folgende Winter dann ausnahmsweise sehr milde, also für das Geschäft sehr ungünstig ist, und er deshalb erst nach 1½—2 Jahren die eigentliche Rentabilität feststellen kann, was hälfe ihm da die einjährige Frist? Diese Frist ist doch nur verhältnismäßig wenig länger als die sechsmonatliche. Ebenso, wie viele andere Geschäfte des Handelsverkehrs auf das Risiko des betreffenden Käufers gehen — zumal die Börsengeschäfte —, kann man auch hier nicht einsehen, weshalb eine längere Frist Platz greifen soll. Außerdem haben wir oben schon auf die Möglichkeit der u. E. ungeheuer schnellen Aenderung derartiger Betriebe hingewiesen. Es bleibt daneben auch den Parteien immer überlassen, selbständig beim Kaufabschluß sämtliche Möglichkeiten zu regeln.

Heymann geht in dieser Beziehung aber zu weit. Denn nur, wenn die Eigenschaften von beiden Parteien vorausgesetzt und mit zum Gegenstand des Vertrages gemacht sind, kann man darin evtl. eine Zusicherung sehen[17]).

Nach Darlegung obiger Gegenargumente fragt es sich nun, was für die Anwendung der §§ 433; 459 BGB auf ein Handelsgeschäft, ein Unternehmen, eine Fasson etc. spricht.

Im röm. Recht galten als „Sachen" auch die „res incorporales", eine Auffassung, an der auch der code civil Art. 516 ff, 526, 529 ff, das

[17]) Vgl. hier insbes. Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung und Oertmann, Die Geschäftsgrundlage.

ALR §§ 1 ff I 2, das österreichische ABGB §§ 285; 311 und das Schweizer Recht Art. 641/713 festgehalten haben.

Das BGB hat dagegen die Legaldefinition: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Diese Definition des Allgemeinen Teils soll nach der Stellung im System überall da Anwendung finden, wo im BGB von Sachen die Rede ist. Trotz dieser klaren Definition geht Neukamp[18]) zur Begründung seiner Ansicht zu § 459 davon aus, daß der „Sach"begriff des BGB weiter gehe, daß die enge gesetzliche Auslegung in § 90 BGB eben falsch sei. Man kann aber bei dem klaren Gesetzestext seiner Ansicht nicht folgen. Eher als der Standpunkt Neukamps wäre wohl die Ansicht zu vertreten, der „Sach"begriff des § 90 BGB sei nur im sachenrechtlichen Sinne zu verstehen[19]). Hiervon ging auch der Entwurf I zum BGB aus, wo die Lehre von den Sachen in den §§ 778, also im Sachenrecht behandelt wurde. Auch heute kann man diesen Gedanken aus den Grundprinzipien des BGB, zumal aus dem grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Schuldrecht und dem Sachenrecht vertreten: das Sachenrecht geht bei den Berechtigungen durchweg von der einzelnen Sache aus; es braucht den „Sach"begriff; das Schuldrecht kann dagegen bei einheitlichem Entstehungsgrund und Zweck sehr wohl eine Vielheit von Sachen umfassen, wie sich umgekehrt auch nur auf einen bloßen Sachteil beschränken (z. B. § 580 BGB). Darum sind auch die Schranken des § 90 BGB als solche für das Schuldrecht ohne Bedeutung: die Sacheinheit ist zwar ein möglicher, aber keineswegs der allein mögliche Gegenstand obligatorischer Rechte[20]). Daraus wäre praktisch zu folgern, daß § 90 BGB auch nur als Begriffsbestimmung für das Sachenrecht Geltung haben kann. Sowohl nach dieser Theorie wie auch nach der h. M.[21]), die dem „Sach"begriff des § 90 BGB eine allgemeinere Bedeutung beilegt, aber z. B. bei § 119 BGB selbst hiervon abweicht, wird man demnach eine Sachgesamtheit, ein Vermögen, ein Unternehmen, ein Handelsgeschäft usw. nicht als „Sache" im Sinne des § 90 bezeichnen können, da es sich in den erwähnten Fällen teilweise um eine Mehrheit von Sachen oder auch unkörperlichen Gegenständen handelt. Für diese Lebensgüter, die wirtschaftlich nur als Einheit gesehen werden können, ist eher der generelle Ausdruck „Gegenstand" berechtigt. Aber auch dieser Ausdruck „Gegenstand" ist dem BGB nicht fremd. Wir finden ihn z. B. in den §§ 292; 523 II; 732; 1959; 2160 BGB. So kann man zwar nur „Sachen" mieten, aber „Gegenstände" auch pachten, § 581. Ebenso bezieht sich zwar die Gastwirtshaftung in § 701 nur auf „Sachen", ebenso der Eigentumsbegriff

[18]) M. f. H. 1905/1 ff.
[19]) Jung S. 590.
[20]) Oertmann, Vorbem. vor § 90.
[21]) Staudinger § 90; Enneccerus I § 114 ff.

in § 903 und das Vermieterpfandrecht in § 559. In der K. O. finden wir dagegen in § 43 das Aussonderungsrecht von „Gegenständen". Wir finden den weiteren „Gegenstands"begriff gegenüber dem „Sach"begriff also überall da, wo man aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten heraus mit dem engeren Begriff nicht auskommen konnte.

Auch das Unternehmen selbst i. S. eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs hat das Gesetz mehrfach als Gegenstand der Veräußerung im Auge, so in § 22 HGB, § 1822 Nr. 3 BGB, § 151 II VVG und §§ 117 I, 34 Nr. 1 KO. In allem liegt aber, daß das Unternehmen, das Handelsgeschäft usw. auch als Rechtsgut anerkannt ist.

Daraus folgert aber, daß der enge Sachbegriff in § 90 absichtlich gewählt ist und nicht, wie Neukamp annimmt, darin ein Fehler liegt. Und doch ist dieser enge Begriff in anderen Vorschriften des BGB nicht für ausreichend erachtet worden.

Bei § 119 II steht die Literatur[22]) ziemlich einmütig auf dem Standpunkt, daß „Sache" hier als Erklärungsgegenstand aufgefaßt werden müsse. Selbst Düringer, der bzgl. des § 459 an dem engeren Begriff festhielt, hält hier diese Ausdehnung für angebracht. Das RG hat aber in RG 73/137 ausdrücklich die Beschränkung auf „Sachen", also körperliche Gegenstände festhalten wollen. Auch in RG 103/22 ist direkt noch nicht von diesem Standpunkt abgewichen, obwohl der anerkennende Senat beiläufig erwähnt, daß er die Ansicht der Literatur teile.

§ 433 behandelt ebenfalls nur den Verkauf einer „Sache" oder eines „Rechts". Ein Handelsgewerbe von dem wir in unserem Beispiel ausgingen, fällt aber weder unter den rechtlichen Begriff einer „Sache", noch unter den eines „Rechts".

Wir kämen hier wieder zu der Frage, welche Rechtssätze auf solche „Kaufgeschäfte" anzuwenden sind. Daß bei einem Handelsgeschäft meist körperliche Sachen neben Rechten und Forderungen verkauft werden, berechtigt noch nicht zu dem Schluß, daß einfach darauf die Vorschriften über den Kauf körperlicher Sachen unmittelbar anzuwenden sind.

Man kann aber dem § 433 keine ausschließliche Tragweite dahin einräumen, daß ein Kaufvertrag nur über eine körperliche Sache oder ein Recht rechtlich möglich sei. Wir finden, wie schon erwähnt, in unserm Gesetze auch §§, z. B. § 1822 Nr. 3 BGB, § 22 HGB u. a. m., die sich auf das Unternehmen als Gegenstand der Veräußerung beziehen. Daß aber bei einem derartigen Vertrage nicht nur die allgemeinen Bestimmungen des BGB Anwendung finden sollen, wurde bei der Beratung des § 433 — vgl. Protokolle II 2 51/52 — allgemein

[22]) Enneccerus I S. 438. Staudinger 7/8 Aufl. S. 458. Hoeniger A. f. b. R. 35/262; OLGE 10/133.

anerkannt: „es sei theoretisch richtig, daß andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufs sein könnten; die Fassung des § 433 schließe dies aber nicht aus; das bürgerliche Gesetzbuch habe sich für solche Fälle einer besonderen Vorschrift enthalten, weil dasjenige, was in denselben dem Verkäufer obliege, sich aus dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte ergebe; es empfehle sich im Interesse der Klarheit, an einer konkreten Gestaltung festzuhalten und nicht für alle Geschäfte, sondern nur für die Geschäfte Fürsorge zu treffen, deren Ordnung der Verkehr erfordere." Eine direkte Anwendung des § 433 auf ein Handelsgeschäft, Unternehmen usw. ist damit ausgeschlossen. Aber die Anwendung des § 433 auf andere Lebensgüter ganz auszuschließen, war damit auch nicht gewollt. Denn § 433 hat seine konkretisierte Gestaltung aus gesetzestechnischen, nicht anderen inneren Gründen erhalten. Deshalb kann man auch die Bestimmungen über den Kauf auf die Veräußerung anderer Lebensgüter analog anwenden. Insofern gilt § 433 auch für den Verkauf eines Handelsgeschäfts.

Die gleiche Regelung wie in § 433 finden wir in § 459 BGB. Das RG vertrat hier früher den Standpunkt, daß der Sachbegriff des § 459 sich mit dem des § 90 decke und lehnte deshalb eine weitere Ausdehnung ab (JW 1904/403). Hiervon ist es aber später abgewichen. Und zwar mit Recht. Denn wenn bzgl. § 433 schon bei der Beratung des Gesetzes darauf hingewiesen war, daß auch andere Lebensgüter als Kaufsache behandelt werden dürften, wäre es ein Fehler, wenn bei der Haftung eine entsprechende Regelung versagt sein sollte. Denn die Grundsätze in den §§ 434; 437; 459 BGB sollten selbstverständlich alle Fälle der durch § 433 BGB unmittelbar oder mittelbar erfaßten Fälle umfassen. Man ging sogar weiter. In § 493 heißt es, daß die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung finden. Man wollte also die Gewährleistungsvorschriften genereller regeln als nur für den Kauf. Dann muß man aber andererseits auch annehmen, daß die Gewährsleistung auch für alle Kaufobjekte des § 433 BGB gelten sollte. Dehnt man deshalb § 433 BGB aus und läßt eine entsprechende Anwendung auf andere Gegenstände zu, so muß folgerichtig das gleiche für die §§ 437 und 459 BGB gelten. Zwar kommt insofern auch nur eine analoge Anwendung in Betracht.

Außerdem sprechen aber auch Verkehrsbedürfnis und Verkehrsanschauung für diese weitere analoge Auslegung. Man hat keine toten Paragraphen schaffen wollen, sondern Rechtssätze, die sich — zumal im Schuldrecht — den dem allgemeinen Wirtschaftsleben anpassen sollen.

Wenn nun ein verkauftes Unternehmen nur aus einer Sachgesamtheit bestehen würde, müßte man die analoge Anwendung des § 459 BGB unbedingt zulassen. Kommen aber zu dieser Sachgesamtheit Rechte hinzu oder besteht das Unternehmen nur aus solchen oder wird nur die Fasson verkauft, so wird man gerade bei den beiden letzten Fällen vielleicht ebensogut eine analoge Anwendung des § 437 für angebracht halten können. Hier aber wird man in Anpassung an die anderen Fälle eine gleiche Behandlung befürworten können und müssen und auch in solchen seltenen Fällen mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und die Vorschriften von Treu und Glauben eine analoge Anwendung des § 459 BGB verlangen müssen. Gesetzliche Anhaltspunkte dafür bietet zwar unser Recht nicht. Insofern handelt es sich also um eine Lücke im Gesetz, die auszufüllen Aufgabe des Richters ist. Zumal das RG kann aber hier durch eine konstante Rechtsprechung einer Rechtsunsicherheit vorbeugen.

Daß das RG diese gesamten Fälle ausnahmslos analog nach § 459 BGB behandelt, muß demnach als richtig anerkannt werden.

In anderen Rechtssystemen besteht dagegen dieser Zweifel bzgl. der Gewährleistungsvorschriften nicht, da hier durch den weiteren „Sach"begriff = „Gegenstand" auch Unternehmen, Handelsgeschäfte u. dgl. mit umfaßt werden. So z. B. läßt das Schweizer Obligationenrecht eine Haftung direkt aus Art. 192 zu, da auch hier der Begriff „Kaufgegenstand" in den Art. 184/192 weitergehend ist.

Beispiele obiger Art lassen sich genügend anführen. Man denke an den Verkauf einer Redaktion, d. h. der Redaktion und des Verlages[23]), an den Verkauf einer Eisenwarenhandlung mit Kundschaft[24]), eines Theaterunternehmens[25]), einer Pension[26]) u. a. m.

In allen diesen Fällen, sei es bei einem Geschäftsbetrieb, Gewerbebetrieb, Handelsgewerbe, Handelsgeschäft überhaupt eines derartigen und ähnlichen Unternehmens, muß man zu einer analogen Anwendung des § 459 nach Treu und Glauben kommen[27]).

Bezüglich des Kaufs eines derartigen Geschäfts ist aber ferner zu beachten, daß der Käufer dies meist unter der Voraussetzung kauft, das Geschäft sei bekannt, werde besucht, habe einen bestimmten Kundenstamm und rentiere sich auch. Denn ohne diese Voraussetzungen könnte er sich sein Geschäft besser selbst — zumal auch nach seinem Geschmack — einrichten und würde hierfür auch in den meisten Fällen weniger zahlen, als wenn er ein altes Geschäft kauft. Bezüglich dieser von ihm angenommenen Voraussetzungen

[23]) Recht 1908 Nr. 1774.
[24]) OLGE 12/51.
[25]) RG 96/156.
[26]) RG 67/86.
[27]) Ablehnend Leonhard II 2 S. 6.

ist aber dann die Frage berechtigt, ob der Verkäufer dafür haftet und gegebenenfalls nach welchen Gesetzesvorschriften.

Ausgehend von § 437 BGB könnte man in manchen Fällen vielleicht an den Verkauf eines Rechts denken, so z. B. beim Verkauf eines Geschäfts mit der Kundschaft. Und doch sind diese Fälle nicht unter § 437 BGB zu ordnen, da, wenn auch Rechte und Forderungen mitverkauft werden, jedenfalls der erworbene Kundenkreis einen tatsächlichen und auch weiterhin mit Wahrscheinlichkeit noch vorauszusetzenden Vorzug, aber jedenfalls nicht ein Recht bedeutet, wie es der Fall bei durch Zwangs- und Bannrecht gesicherten Kundenkreis.

Wie aber ist es mit einer Haftung nach § 459 BGB, indem man in der Kundschaft, Rentabilität usw. einen Bestandteil des Geschäfts oder eine Eigenschaft sieht?

Die Kundschaft hatten wir in obigem Beispiel als Bestandteil des Geschäfts angesehen; man ist sogar weiter gegangen und hat auch die Veräußerung der Kundschaft allein, ebenso wie die einer Fasson nach § 433 geregelt, diese somit als selbständige Kaufobjekte behandelt. Hiergegen hat Leonhard[28]) vorgebracht, es handele sich bei solchen „Verkäufen" um das Versprechen einer Arbeitsleistung. Der Verkäufer verspräche eine Anzahl von Handlungen und Unterlassungen: er solle die Kundschaft seinem Nachfolger namhaft machen, sich selbst der Konkurrenz enthalten u. a. m. Dieser Standpunkt ist aber zu eng. Man denke nur an den Verkauf der Kundschaft einer Bahnhofswirtschaft, eines Rauchwarengeschäfts auf einem Bahnhof oder an einer Straßenbahnhaltestelle, eines Zeitungskiosk u. a. m. Hier fehlt in den meisten Fällen der feste Kundenstamm, es handelt sich vielmehr lediglich um sog. „Laufkundschaft". Der Verkäufer verkauft hier nur den „Zulauf", also einen wirtschaftlichen Vorteil. Darin liegt aber für ihn vielfach keine Verpflichtung zu einem Handeln oder Unterlassen, zumal wenn man berücksichtigt, daß z. B. die Eisenbahnverwaltung auf einem Bahnhof nicht mehrere gleiche Geschäfte zuläßt. Insofern ist deshalb eine Behandlung dieses „Kaufobjekts" nach § 433 BGB nicht zu beanstanden. Oder soll man hier wieder auf die allgemeinen Regeln des BGB zurückgreifen müssen?

Ob freilich § 433 BGB direkt zur Anwendung kommt[29]) oder nur analog angewendet werden kann[30]), wäre zweifelhaft. Die Motive und Protokolle sprechen mehr für letztere Auslegung. Zumal mit der Kundschaft im Zusammenhang hängt aber die Frage der Rentabilität. Wir hatten oben schon angedeutet, daß der Umsatz und somit die Rentabilität evtl. eine Eigenschaft des Geschäfts sein könnte. Dies ist aber nicht generell aufrecht zu erhalten.

[28]) II 2 S. 4.
[29]) Vgl. Oertmann II. 2 Vorbem. 1 vor § 433.
[30]) Enneccerus § 324 II Anm. 14.

Ausgehend von der oben vorausgesetzten Unterscheidung, daß ein Sachmangel vorliege, wenn sich der Mangel aus der natürlichen Beschaffenheit der Sache ergebe, ein Rechtsmangel nach § 437 dagegen, wenn sich der Mangel erst aus den Vorschriften der Rechtsordnung ergebe, könnte man nach dieser Theorie in der Rentabilität keine Eigenschaft des Geschäfts sehen. Denn obige Theorie will nur solche Eigenschaften einer Sache unter § 459 BGB rechnen, die dieser naturgemäß zu eigen sind, wie Festigkeit, Gewicht, Größe[31]). In diesem Sinne kann man aber die Rentabilität nicht als physische Eigenschaft eines Geschäfts bezeichnen, zumal sie auch kein unbedingtes Erfordernis eines Geschäfts ist.

Ebensowenig würde ein Rechtsmangel nach § 437 BGB vorliegen. Denn die Beliebtheit eines Geschäfts bei einem Kreis von Kunden, woraus sich die Rentabilität herleitet, ergibt sich nicht aus den Vorschriften der Rechtsordnung. Und doch wäre ein derartiges Ergebnis, zumal wenn die Rentabilität zugesichert wäre, mit dem Rechtsempfinden nicht in Einklang zu bringen.

Man wird vielleicht geneigt sein, hier einen Garantievertrag anzunehmen, aber zu beachten ist dabei, daß der Garantievertrag sich nur auf die Zukunft bezieht, bzgl. der Rentabilität aber zweierlei Zusicherungen gemacht sein können, nämlich:

1. das Geschäft werde sich in Zukunft rentieren, oder
2. das Geschäft habe in der Vergangenheit in einem bestimmten Zeitraum einen bestimmten Umsatz oder Reingewinn gehabt.

Im ersteren Falle wird evtl. ein Garantievertrag vorliegen. Aber in einer derartigen Anpreisung liegt gewöhnlich nur die subjektive Auffassung des Verkäufers — vielleicht sogar die nicht einmal —, die aber auf zumeist unsicheren Berechnungen beruht. Darin liegt aber weder eine Zusicherung noch eine Garantieübernahme. Der Unzuverlässigkeit derartiger Angaben ist sich der Käufer gewöhnlich auch bewußt[32]). Falls freilich eine derartige Anpreisung eine bestimmte Zusage enthält, wird der Verkäufer zu haften haben[33]).

Neben dieser nur evtl. Haftung für die zukünftige Rentabilität müßte aber nach obiger Theorie bei der Zusicherung den Rentabilität für die Vergangenheit eine Haftung nach § 459 BGB ganz entfallen.

Hier wurde aber von der Rechtsprechung[34]) und Literatur[35]) der enge Abgrenzungsbegriff mit Recht fallen gelassen, und der z. Z. des

---

[31]) Leonhard II S. 45.

[32]) Vgl. RG 42/125 mit Heim § 11.

[33]) RG bei Holdheim 13. Jahrg. S. 251.

[34]) RG 52/1; 59/243; 63/77; 21/311; 54/219; 70/82; 61/84; 111/317; JW 1915/1222.

[35]) Staub § 377 ANM. 42, Loewenwarter III/52; Enneccerus I, 2 S. 338; RGR-Komm. § 459 Nr. 4; Leonhard Schuldrecht II, S. 45/46.

Vertragsabschlusses zu ziehende Nutzen oder Reingewinn zu einer Eigenschaft des Geschäfts erklärt, wenn der durchschnittliche Ertrag besonders zugesichert war. Es ist demnach davon auszugehen, daß der Ausdruck „Eigenschaft der Sache" im weiteren Sinne zu verstehen ist; keineswegs sind nur etwa sinnlich-wahrnehmbare und physikalisch-feststellbare Eigenschaften darunter zu rechnen[36]).

Und mit Recht hat die h. M. und das RG diesen Standpunkt eingenommen. Denn die wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt — ebenso natürlich in anderen Fällen die rechtlichen und sozialen — können einen derartigen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache ausüben, daß ohne deren Vorhandensein die Sache vom wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen zu einer völlig wesensanderen wird. Eigenschaft der Sache ist also alles, was mit einer gewissen Dauer und allgemeinen Gültigkeit von ihr ausgesagt werden kann.

Dieser Eigenschaftsbegriff ist aber bzgl. der Rentabilität noch insofern einzuschränken, als es sich in derartigen Fällen um „zugesicherte" Eigenschaften handeln muß. Zwar ist nicht unbedingt notwendig, daß eine ausdrückliche Zusicherung erfolgt, diese kann vielmehr auch stillschweigend abgegeben werden. Einen Indiz hierfür bildet zunächst immer schon die Höhe des Kaufpreises. Bei gewissen Eigenschaften muß man außerdem immer eine stillschweigende Zusicherung unterstellen, d. h. bei solchen, die den Gang des Unternehmens maßgebend beeinflussen, z. B. bei einem entgegenstehenden Patent wird man immer eine Haftung des Verkäufers annehmen müssen, wenn der Patentinhaber dem Unternehmer auf Grund seines Patents den Betrieb untersagen kann[37]).

Ist aber weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Zusicherung anzunehmen, kann der Verkäufer nicht haftbar gemacht werden. Zu weit würde unbedingt gehen, wenn man den Verkäufer eines Geschäfts — falls nicht eine gegenteilige Abrede vorliegt — unbedingt für dessen Rentabilität haften lassen würde. Nehmen wir nur an, daß es dem Käufer gar nicht darauf ankam, ein rentables Geschäft zu kaufen, daß er vielmehr sich in dieser Beziehung ganz auf seine eigenen Fähigkeiten und seine Geschäftsgewandtheit verläßt. Will man ihm dann willkürlich einen Gewährleistungsanspruch zusprechen? Derartige Fälle sind aber nicht so selten, wie man vielleicht annehmen möchte. Gerade bei Geschäften, die rasch von einer Hand in die andere übergehen, handelt es sich doch durchschnittlich darum, daß das Geschäft unrentabel ist und daß der Käufer — vorausgesetzt, daß er nicht arglistig über das Geschäft getäuscht ist — glaubt, durch eigenen Fleiß das Geschäft rentabel zu gestalten. Oder will man hier umgekehrt den Schluß ziehen, daß

[36]) Jung bei Stammler S. 590.
[37]) Vgl. RG 67/89; 69/429; a. A. Leonhard Schuldr. II S. 46.

darin noch ein Mangel liegt, daß aber dem Käufer der Mangel bekannt war und der Verkäufer nach § 460 BGB diesen deshalb nicht zu vertreten habe. Dann käme man aber zu dem Schluß, die Rentabilität eines Geschäfts immer als dessen Eigenschaft anzusehen, und nicht erst dann, wenn sie besonders zugesichert war.

Bei der entsprechenden Frage bzgl. der Echtheit eines Bildes[38]), eines Musikinstrumentes[39]) u. a. m. ist das RG auch von diesem Standpunkt ausgegangen: „daß ein Werk im Falle der Unechtheit mit einem Fehler i. S. des § 459 Abs. I BGB behaftet sei, der es rechtfertige, Gewährleistungsansprüche aus § 462 BGB (Wandlung oder Minderung) zu erheben." (RG 115/286.)

Der Unterschied zwischen diesen Fällen und dem von uns angeführten Beispiel liegt aber darin, daß hier ein echtes Gemälde, eine echte Geige usw. verkauft wurde, die durch die Unechtheit mangelhaft war, während in obigem Beispiel die Rentabilität kein typisches Merkmal des verkauften Geschäfts ist. Man hat deshalb mit Recht nur in den Fällen der Zusicherung der Rentabilität eine Eigenschaft angenommen.

Die gleiche Regelung finden wir z. B. auch im Schweizer Obligationenrecht, wo der Verkäufer gemäß Art. 197 auch für rechtliche Mängel zu haften hat. Auch hier hat man die Vorschrift so weit ausgelegt, daß als Eigenschaft einer Sache alle Merkmale der Sache gelten, die nach Anschauung des Verkehrs deren Wertschätzung beeinflussen, und hier neben den rechtlichen Eigenschaften auch die wirtschaftlichen Verhältnisse angeführt[40]).

Ein besonders den Eigenschaftsbegriff kennzeichnendes Beispiel finden wir in der JW 1915/1117: Hier hat der Verkäufer eines Handelsgeschäfts ebenfalls die Höhe des Reingewinns innerhalb des l e t z t e n Jahres zugesichert. Das RG und auch das Berufungsgericht haben die Klage zu Gunsten des Käufers entschieden.

Die Streitfrage ist dabei aber wenig behandelt worden. Galt die Zusicherung des Reingewinns des letzten Jahres schon als Eigenschaft?

Gehen wir von unserer obigen Auslegung aus, so fragt es sich, ob insofern die „vorausgesetzte" Dauer gewahrt ist, um in der Zusicherung die Zusicherung einer Eigenschaft zu sehen. Ein Geschäftsmann kann z. B. schon ein Jahr nach der Gründung seines Unternehmens dieses verkaufen, er kann für diese ganze Zeit genau seinen Reingewinn oder Umsatz angeben, und trotzdem liegt darin noch nicht die Zusicherung einer Eigenschaft. Denn letzteres kann nur

---

[38]) RG 115/286; 114/239.

[39]) RG 97/351; Warn. Rechtspr. 1916 Nr. 244; vgl. hierzu Krückmann in der LZ. 1929/986 ff.

[40]) Oser, das Obligationenrecht S. 486 II 1 b.

zutreffen, wenn der jährliche, auf Grund längerer Beobachtung errechnete Umsatz oder Reingewinn zugesichert wird, nicht aber schon, wenn der Umsatz des bisherigen gesamten Zeitablaufs des Geschäfts genannt wird. Hierin kann nämlich immer ein Zufallsergebnis liegen. Der Käufer, der das vor Jahresfrist gegründete Geschäft kauft, weiß ebensogut wie der Verkäufer, daß man dieses Ergebnis nicht für dauernd zu Grunde legen kann. Insofern muß also erst eine längere Innehabung des Geschäfts eine derartige Zusicherung, die dann freilich auch nur bezüglich des letzten Jahres abgegeben werden kann, überhaupt möglich machen[41]). Handelt es sich dann freilich doch noch bei dem Jahresumsatz des letzten Jahres um ein Zufallsergebnis, so daß dieser also bei weitem höher ist als in den vorhergehenden Jahren, so liegt in dem Verhalten des Verkäufers das Vorspiegeln einer Eigenschaft. Der Verkäufer könnte dann vom Käufer auch nach § 463 BGB belangt werden.

Ist ein gewisser Erfolg aber auf Grund der gemachten Erfahrungen für die Zukunft zugesichert, so finden nicht mehr die Gewährleistungsgrundsätze, sondern — wie schon betont — die Vorschriften über die Garantiehaftung[42]) Anwendung. Vorausgesetzt ist aber hierbei immer, daß es sich nicht bloß um leere Anpreisungen handelt.

Bezüglich der Eigenschaften eines Geschäfts hat man, wie oben[43]), ebenfalls die kurzen Verjährungsvorschriften bei Sachmängeln und die Unübersichtlichkeit derartiger Geschäfte angeführt; andererseits hat dieser weitere Eigenschaftsbegriff auch Beifall gefunden[44]).

Diese Frage fällt aber mit der Frage der kurzen Verjährungsfrist überhaupt zusammen.

Zusammenfassend müssen wir deshalb feststellen, daß in der Vergangenheit gelegene, eine gewisse Dauer versprechende Tatsachen und Rechtsverhältnisse eine Eigenschaft des Erwerbsgeschäfts, Unternehmens etc. dann bilden können, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend zugesichert sind. Auch auf die Tauglichkeit und die den Gebrauch hemmenden verborgenen Fehler ist dieser Begriff auszudehnen, und zwar unter dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Zusicherung. Der spezielle Fall ist zwar meist der, daß ein in der Vergangenheit erzielter Ertrag, ein Geschäftsumsatz von bestimmter Höhe, ein bestimmter Reingewinn für einen vor Kaufabschluß gelegenen Zeitraum ausdrücklich zugesichert ist oder aus dem Kaufpreis eine stillschweigende Zusicherung zu entnehmen ist. Man stellt derartige Zusicherungen einer Eigenschaft gleich von dem Gesichts-

---

[41]) Ebenso RG 21/311; 52/2; 63/57; JW 05/389; 1915/1222; LZ. 1916/804, Nr. 1; 2.

[42]) RG 103/77; JW 1920/427; 1921/828.

[43]) Vgl. oben Anmerkungen 1—5.

[44]) Danz in Jher. Jahrb. 59/70 ff, Isay Recht am Unternehmen S. 153.

punkt aus, daß verständigerweise die Fortdauer des für die Preisbewilligung maßgebenden Geschäftsumsatzes oder Reingewinns für die Zukunft erwartet werden dürfe im Gegensatz zu der Zusicherung des Verkäufers, der Käufer könne aus dem Geschäft eine bestimmte Einnahme ziehen.

### B. Wertpapiere.

Eine weitere viel umstrittene Streitfrage ergibt sich bei der Behandlung der Wertpapiere. Hier finden wir neben dem Hinweis in § 437 II BGB auf eine Rechtsmängelhaftung die sachenrechtlichen Bestimmungen in den §§ 935 II; 1006 I BGB, die nicht nur die Wertpapiere auf den Inhaber als Sachen behandelt wissen wollen und damit auf eine Anwendung des § 459 hinweisen, sondern auch die Eigentumsübertragung im Vergleich zu andern sachenrechtlichen Bestimmungen noch wesentlich erleichtern. Insofern ist auch hier die Frage berechtigt, ob den Verkäufer eines Wertpapiers die Haftung nach § 437 BGB oder § 459 BGB trifft und gegebenenfalls inwieweit § 459 BGB Anwendung findet.

Vorausschicken müssen wir hier aber folgende Punkte, die teilweise über unser Thema hinausgehen und deshalb weiter nicht berücksichtigt werden können, teilweise aber schon erwähnt sind und in dem angegebenen Umfang Geltung haben sollen: Zunächst bildet § 306 BGB eine Sondervorschrift gegenüber den Gewährleistungsansprüchen der §§ 437 und 459 BGB. Dies gilt freilich bzgl. des § 437 BGB mit der Einschränkung, daß nur bei Vorliegen eines rechtlich unmöglichen Rechts § 306 BGB zur Anwendung kommt[1]).

Dann können aber die Eigenschaften einer Sache diese derartig beeinflussen, daß überhaupt ein aliud vorliegt und der Käufer keine Gewährleistungsansprüche geltend machen kann. Ihm bleibt dann nur ein Anfechtungsrecht, gegebenenfalls eine Klage auf Leistung[2]).

Ebenso besteht aber auch die Möglichkeit, daß der verkaufte Gegenstand nicht frei von Rechten Dritter verschafft werden kann, daß diese Rechte aber so schwerwiegend, sei es tatsächlich unmöglich, sei es nicht zumutbar sind, daß darin nicht mehr ein Mangel nach § 434 BGB liegt, sondern ein Sachmangel gemäß § 459.

Nach diesen Voraussetzungen ist nunmehr zunächst davon auszugehen, ob es sich beim Verkauf eines Wertpapiers um das Papier selbst als Urkunde oder um das darin verbriefte Recht handelt. Späterhin ist dann noch auf die Frage einzugehen, inwieweit mangelnde Wirtschaftlichkeit des Wertpapiers dieses bzgl. einer Haftung des Verkäufers nach §§ 437 oder 459 BGB beeinflußt.

---

[1]) Vgl. RG in Jur.Rundsch. 1925 Nr. 571; RG 86/213; 92/76; vgl. hierzu Leonhard II S. 7 ff, S. 33.

[2]) Enneccerus I 2, S. 338.

Bei der ersten Frage handelt es sich hauptsächlich um die Haftung wegen eines gefälschten oder verfälschten Wertpapiers. Diese Fehler lassen sich wieder in nachfolgende vier Gruppen von Fällen unterteilen. Die in der Rechtssprechung bekannten Fälle lassen sich alle einem dieser Typen unterordnen. Wir werden deshalb zum Schluß wieder darauf zurückkommen.

1. Der Verkäufer verkauft ein bestimmtes Wertpapier; dieses ist g e fälscht.
2. Der Verkäufer verkauft ein bestimmtes Wertpapier; dieses ist v e r fälscht.
3. Der Verkäufer verkauft Wertpapiere aus der Gattung, eins oder mehrere sind g e fälscht.
4. Der Verkäufer verkauft Wertpapiere aus der Gattung; eins oder mehrere sind v e r fälscht.

Bei Stellungnahme zu diesen Arten von Fällen und den nachfolgenden Beispielen hätten wir von der rechtlichen Natur des Wertpapiers auszugehen.

Der Begriff „Wertpapier" ist im Gesetz nicht definiert, sondern als bekannt vorausgesetzt, z. B. in § 1 Dep.Ges. Die Rechtslehre versucht dagegen folgende Formulierung:

„Wertpapiere sind Urkunden über Berechtigungen, deren Innehabung den Inhaber als Berechtigten ausweist, d. h. Urkunden über Berechtigungen, bei denen der Schuldner nicht ohne Papierausweis durch den Gläubiger zu zahlen braucht und auch nicht zahlen kann, also nicht wie sonst nach § 407 BGB frei wird[3]).

Allgemein zugegeben ist die Doppelnatur des Wertpapiers, d. h. die körperliche Urkunde mit dem darin verbrieften Recht. Hieraus ergibt sich aber gerade die Streitfrage, inwieweit das eine oder andere mehr in den Vordergrund tritt, ob § 437 oder 459 BGB zur Anwendung kommt.

Um nunmehr auf einige Grenzfälle einzugehen, können wir zunächst von RG 59/240 ausgehen:

Die Klägerin hat von dem Verkäufer am 7. 7. 1899 Aktien gekauft und verlangt in der Klage vom Dezember 1901 Wandlung, da die von ihr gekauften und ihr gelieferten Aktien minderwertig oder ganz wertlos seien, weil die Unterlagen des Aktienunternehmens — die Bergwerke — nicht das in dem Exposé und bei der Verhandlung mündlich angepriesene Erz enthielten, das Erz und die Grubenfelder vielmehr mit Mängeln behaftet seien, wodurch die Abbaufähigkeit ausgeschlossen sei.

Das RG entscheidet hier die Sachlage noch nach gemeinem Recht, stellt aber fest, daß der gleiche Standpunkt auch für das neue

[3]) Jakobi, Grundriß des Rechts der Wertpapiere 1922 S. 7; 9; 27; Loewenwarter § 793; Leonhard II S. 382.

Recht vom RG vertreten werde. Auf Wandlung könne nach gem. Recht der Käufer wegen Mängel der Kaufsache nur klagen, wenn der Verkäufer die Abwesenheit zugesagt habe oder wenn sie heimlich wären und den Gebrauch beeinträchtigten. Es seien immer Mängel der Kaufsache: Sachmängel. Um solche Mängel handele es sich hier aber nicht. Weder Mängel an der Urkunde selbst noch an dem Recht beständen. Diese Mängel beträfen vielmehr den Gegenstand des Aktienunternehmens. Es seien: schlechte Beschaffenheit der Erze, geringe Ergiebigkeit der Grubenfelder, welche für den ökonomischen Erfolg allerdings entscheidend seien. Hierin lägen aber keine Sachmängel des Papiers. Das RG wies deshalb die Klage auf Wandlung ab.

Ob hier evtl. eine Haftung aus Garantievertrag zu konstruieren war oder die Klägerin den Vertrag anfechten konnte, ist nicht geprüft worden.

Dem RG ist jedenfalls darin beizupflichten, daß eine unmittelbare Anwendung der §§ 437 oder 459 BGB nicht möglich ist, da im gegebenen Falle kein direkter Mangel der Urkunde oder des Rechts vorlag, es sich vielmehr lediglich um Mängel des Unternehmens handelte. Inwieweit aber im Kauf eines Wertpapiers und der Haftung dafür zugleich eine Haftung für den Geschäftsgegenstand der Gesellschaft liegt, ist später noch darzutun.

Die Entscheidung ist aber auch sonst von Bedeutung wegen der Stellungnahme des RG zu den §§ 437 und 459 bzgl. des Kaufs und Verkaufs von Wertpapieren. Hiernach unterscheidet das RG ein Doppeltes: das Papier als Sache, welches den Erwerb des darin verbrieften Rechts vermittelt und das im Papier verbriefte Recht selbst, welches den materiellen Inhalt des Rechts darstellt. Fürs erstere gelte § 459, für das letztere § 437 BGB.

Pelkmann[3]) greift diesen Standpunkt des RG damit an, daß dieses in der Behandlung des Verkaufs eines Handelsgeschäfts, einem dem hier genannten insofern ähnlich gelagerten Falle, als es sich ebenfalls um ein „mixtum compositum" handele, diese scharfe Trennung nicht beigehalten habe. Die Doppelnatur des Wertpapiers hat das RG[4]) andererseits bei der Beurteilung eines Falles, wo es sich um die Lieferbarkeit mit Opposition belegter Wertpapiere nach den Bedingungen der Berliner Fondsbörse handelte, weniger betont. Es nimmt hier vielmehr einen Wandlungsanspruch, also auch einen Sachmangel, an, ohne näher auf die Streitfrage des Rechts — oder Sachmangels einzugehen und ist damit in etwa dazu übergegangen, das Wertpapier wie eine bewegliche Sache zu behandeln[5]).

---

[3]) LZ. 1917/1119.

[4]) Monatsschr. f. Handelsr. u. Bankw. 1901/221.

[5]) Aehnlich RG 18/180; 30/154; vgl. RGR-Komm. § 437; 7. Staub Vorbem. vor § 373 Anm. 7; Wolff in Ehrenbergs Handb. IV 1 S. 624.

Es wäre deshalb überhaupt darauf einzugehen, wie sich Rechtslehre und Rechtsprechung zur Anwendung von §§ 437 und 459 BGB stellen.

Neukamp[6]) will einseitig nur § 459 BGB zur Anwendung kommen lassen. Gestützt auf die Entsch. des OLG Köln[6+]) vom 14. 12. 04 geht er davon aus, daß bei Inhaberpapieren nur die §§ 459 ff BGB, sei es mittelbar, sei es vielleicht auch unmittelbar, zur Anwendung kommen müßten.

Diesem von ihm zitierten Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Pariser Bankhaus hat von einem Bankkonsortium den Auftrag zur Einführung von 6 Mill. Deliosaktien. Nach völliger Entwertung im nächsten Jahre strengt das Bankhaus gegen die Verkäufer Klage auf Schadensersatz evtl. gegen Rückgewähr eines Teils der Aktien an. Die Klägerin behauptete dabei, daß bestimmte Zusicherungen gemacht seien.

Hierzu entschied das OLG: Zwar sei in § 90 Sache nur gleich körperlichem Gegenstand und ebenso sei in § 437 II BGB der Verkauf eines Wertpapiers als Verkauf einer Forderung behandelt. Aber § 437 habe lediglich entschieden, daß an Wertpapieren auch Rechtsmängel möglich seien. Man sei bzgl. § 437 davon ausgegangen, daß man physische Mängel als selbstverständlich annehme und hierüber keine Vorschriften mehr brauchte. Deshalb seien bei Wertpapieren die Vorschriften der §§ 459 ff BGB, sei es unmittelbar, sei es mittelbar, anzuwenden, und zwar nicht nur insoweit, als es sich lediglich um einen Fehler der Urkunde, also des Stückes Papier handele, sondern auch insoweit, als das in der Urkunde verbriefte Recht in Frage stehe.

Unter dem gleichen Gesichtspunkt will Neukamp wenigstens die Inhaberpapiere nur als Sachen behandelt wissen.

Außerdem müsse man aus dem ganzen Aufbau des BGB auf den sachenrechtlichen Charakter des Inhaberpapiers schließen; überall sei es sachenrechtlich behandelt, so in §§ 935; II, 1006 I; 1081 in Verbindung mit 1069, 1293, 1362 II BGB sowie in § 381 I HGB. Gerade letztere Vorschrift bezwecke auf dem Gebiet des HGB die völlige Gleichstellung der Wertpapiere mit sonstigen Waren, d. h. beweglichen Sachen, so daß somit auch die §§ 377; 378 HGB Anwendung finden müßten. Zudem entspräche diese Ansicht voll und ganz dem Verkehrsbedürfnis, da eine Verjährung der Haftung nach § 195 BGB völlig widersinnig sei und nur eine Haftung nach §§ 459, 477 den praktischen Bedürfnissen entsprechen könne.

Düringer[7]) greift Neukamp insofern an, als letzterer die Inhaberpapiere von den übrigen Wertpapieren lostrenne. Weiterhin lasse er den Legalbegriff des § 90 BGB nicht gelten.

---

[6]) M. f. H. 1905/1 ff.
[7]) DJZ 1905/374.

Auch Oertmann[8]) sieht darin eine Verkennung des § 90[9]). Hagens[10]) gibt Neukamp zwar zu, daß die Inhaberpapiere in den §§ 935 II; 1006 I sachenrechtlich nicht nur als körperliche Sachen behandelt, sondern gerade bzgl. der Eigentumsübertragung die Vorschriften hierfür gegenüber anderen körperlichen Gegenständen noch besonders erleichtert worden seien und daß auch mit dem Eigentumsrecht an den Papieren das darin verkörperte Recht übergehe, aber dieses alles hindere nicht, daß bei Kaufgeschäften gerade dieses Recht Gegenstand des Kaufes sei und hierfür zunächst § 437 II BGB Anwendung finde. Hieraus folge aber notwendig, daß auch § 437 I BGB zur Anwendung kommen müßte.

Gegenüber obiger Ansicht Neukamps, der nur eine Haftung nach § 459 BGB zulassen will, nimmt die h. M.[11]) nebeneinander eine Haftung aus den §§ 437 und 459 an. Unbestritten ist hierbei, daß die physischen Mängel der Urkunde selbst eine Haftung nach § 459 BGB begründen, so z. B. wenn die Urkunde beschmutzt oder zerrissen ist.

Diesen Punkt hält Pelkmann[12]) aber insofern für unwesentlich, als die Urkunde an sich als wertloser papierner Gegenstand nicht Gegenstand des Handelsverkehrs sei, vielmehr nur das in ihm verbriefte Recht.

Fraglich ist aber dann nach h. M., ob § 459 BGB noch weitere Anwendung findet.

Hier führt das RG in Band 108 zwei Fälle an; RG 108/279:

Der Beklagte wechselte am 10. 3. 1922 bei einer Girokasse der Klägerin 240 amerikanische Dollars in deutsches Geld um, darunter zwei 50-Dollarnoten. Am 17. 3. teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß eine der 50-Dollarnoten gefälscht sei, und verlangte Lieferung einer neuen Note. Da der Beklagte das ablehnte, erhob sie Klage auf Zahlung von 50 Dollar oder desjenigen Betrages in deutscher Währung, der am Zahlungstag nach geltendem Kurse dem Betrage von 50 Dollar entsprechen würde.

Das RG entschied hier:

Nach Feststellung des Berufungsgerichtes handelte es sich im vorliegenden Falle um die Fälschung einer 2-Dollarnote in eine 50-Dollarnote. Diese Noten seien in Amerika offizielles Zahlungsmittel, als solche dann auch in Deutschland Wertpapiere, die auf den

---

[8]) Recht d. Schuldv. II S. 543.

[9]) Ebenso ablehnend Planck II 2 § 437; 2, h; Heim § 11.

[10]) DJZ 1905/664.

[11]) Jung bei Stammler S. 872, RGR-Komm. § 437, Jung der Begriff des Sachmangels 48, Recht 1910 Nr. 1512, Jacobi, die Wertpapiere S. 101—103, RG 109/297; Lehmann i. d. Z. f. d. g. H. 51/373; Cosack Lehrbuch II 1 S. 361, RG 56/255; 59/240; JW 1909/492, LZ. 1930/445; Staub Vorbem. vor § 373 Anm. 7, RG 108/316; Warn. Komm. § 437 III, Oertmann Schuldv. S. 543, Heim § 10; Pelkmann in d. LZ. 1917/1119.

[12]) LZ. 1917/1119.

Inhaber lauteten. Die Noten seien aber nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Träger von Rechten. Im vorliegenden Falle handele es sich weiter lediglich um Lieferung einer Speziessache, da diese spezielle Note eingewechselt werden sollte, nicht um Lieferung von Banknoten schlechthin. Es müsse deshalb auch der Unterschied gemacht werden, ob die Lieferung aus der Gattung vereinbart sei und erfüllt werde oder gerade eine Speziessache verkauft werde. Im letzteren Falle sei aber dann eine Fälschung nur ein Sachmangel. Denn derartige Banknoten würden im Verkehr lediglich als Sachen behandelt. Außerdem ergebe sich dies aus dem Zweck des Gesetzes, da es sich bei der Haftung nach § 459 BGB um körperlich-sichtbare und der alsbaldigen Untersuchung zugängliche Gegenstände handele, bei § 437 BGB dagegen der Fehler nur durch eingehende Untersuchung festgestellt werden könne.

Im gegebenen Falle liege bei dem äußerlich-sichtbaren Mangel der Fälschung nur ein Haftungsgrund nach § 459 BGB vor.

Staub[13]) erkennt diese Entscheidung voll und ganz an. Es müßten alle äußerlich ohne weiteres sichtbaren Mängel als Sachmängel betrachtet werden und zwar auch dann, wenn durch diese Mängel der Bestand im Recht beeinträchtigt werde. In solchen Fällen sei der Käufer auf die Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel beschränkt und habe keinen Anspruch auf Lieferung anderer Noten, es sei denn, unter dem Gesichtspunkt des § 463 BGB[14]).

In vorliegendem Beispiel finden wir einen Fall für unsern oben unter Nr. 2 bezeichneten Typ. Die Entscheidung ist auch insofern richtig, als das RG zu einer Anwendung des § 459 BGB kommt. Eine Begründung dafür, weshalb aber § 437 BGB nicht zur Anwendung kommen könne, findet sich dagegen nicht. Oder sollte sie darin liegen, daß es sich im gegebenen Falle um den Verkauf einer Speziessache handele? Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß nicht auch ein Mangel des verkauften Rechts vorliegen kann. Denn in dem angeführten Fall des RG liegt ein Rechtsmangel insofern vor, als der Käufer das ihm verkaufte Recht nicht in dem von ihm vorausgesetzten und auch vom Verkäufer gewollten Umfange geltend machen kann. Insofern ist die Frage berechtigt, ob die §§ 437 und 459 BGB nebeneinander Anwendung finden können oder ob die Anwendung des einen den anderen Paragraphen ausschließt und gegebenenfalls, welcher Paragraph in derartigen Fällen zur Anwendung kommt.

Das zweite Beispiel, das den oben unter Nr. 3 vorausgeschickten Fall behandelt, findet sich in RG 108/306:

Die Klägerin vereinbarte mit dem Beklagten, daß dieser ihr 1000 Kronen-Noten des österreichischen Kaiserstaats, auf denen sich

[13]) Vorbem. vor § 373 Anm. 7.
[14]) Ebenso RGR-Komm. § 437; 7.

ein besonderer Stempelaufdruck befand, aus dem die Gültigkeit der Noten für die Tschecho-Slowakei sich ergeben sollte, für Dollarnoten liefere. Bei der Lieferung erhielt die Klägerin 76 Noten, die mit einem gefälschten Aufdruck versehen und deshalb ungültig waren. Sie verlangte von dem Beklagten Ersatzlieferung und klagte, da der Verkäufer sich weigerte, auf Leistung.

Unter Betonung der Doppelnatur eines solchen Papieres und daher auch der Möglichkeit der Haftung aus den §§ 437 und 459 BGB führt das RG aus, es könne dahingestellt bleiben, ob hier ein aliud geliefert sei. Jedenfalls hafte der Beklagte nach § 437 BGB in vollem Umfange dafür, daß das Recht, das nach dem Willen der Parteien in den gelieferten 1000-Kronen-Noten verbrieft sein sollte, in vollem Umfang bestand. Der Zweck des Kaufgeschäftes der Parteien sei unstreitig darauf gerichtet gewesen, daß die Klägerin 1000-Kronen-Noten erhalten solle, die sie in der Tschechoslowakei als Zahlungsmittel verwenden könne. Hierzu wären aber die österreichischen Noten nur dann geeignet, wenn sie von der tschechoslowakischen Regierung durch Aufdruck eines echten Stempels als gültige Zahlungsmittel anerkannt seien. Demnach habe der Beklagte der Klägerin für die Echtheit des Stempelaufdrucks der gelieferten Noten zu haften, da er nur auf diese Weise seiner Verpflichtung, für den rechtlichen Bestand als tschechoslowakische Zahlungsmittel einzustehen, gerecht werden könne. Deshalb müsse er nach §§ 440; 320 ff der Klägerin andere Zahlungsmittel liefern, die in der Tschechoslowakei als richtiges Geld oder als richtiger Geldersatz angesehen würden. Aus den §§ 440/437 BGB folge aber weiter, daß die allgemeine Verjährungsfrist des § 195 BGB gelte und nicht die des § 477 BGB.

Staub[15]) hält diese Entscheidung für richtig. Es käme hier in Frage, daß die Urkunde vollständig unfähig sei, als Zahlungsmittel in dem von den Parteien vereinbarten Sinne zu dienen. Die gleiche Ansicht wird auch bzgl. der Diskontierung eines Wechsels in der LZ 1930/445 vertreten, wo auch nur eine Haftung nach § 437 angenommen wurde[16]).

Demgegenüber nahm aber das RG in Holdh. Monatsschr. 1901/221 bei Lieferung mit Opposition belegter Wertpapiere nach den Bedingungen der Berliner Fondsbörse einen Wandlungsanspruch, also einen Sachmangel, an, ohne näher auf die Streitfrage des Mangels im Recht oder des Sachmangels einzugehen.

Uebereinstimmend mit der vorletzten Entscheidung nahm auch das OLG Karlsruhe in der schon erwähnten Entsch. DJZ 1908/87 in dem Falle der Lieferung eines gefälschten Wechsels einen Rechtsmangel an und verurteilte deshalb den Verkäufer zur Zahlung des ganzen Schadens.

---

[15]) Vorbem. vor § 373 Anm. 7.
[16]) Ebenso i. d. DJZ 1908/87; Staudinger § 437 I h.

Auch in diesen Fällen könnte man vielleicht fragen, weshalb § 459 BGB nicht zur Anwendung komme. Denn es liegt doch die Tatsache vor, daß die echten österreichischen 1000-Kronen-Noten — Papiere, die geeignet sind, im Verkehr als Zahlungsmittel zu dienen und auch Wertpapiere sind, also nicht völlig unechte, gefälschte, sondern nur verfälschte Geldscheine — durch den falschen Aufdruck einen Sachmangel bekommen haben, der dem Papier als solchem anhaftet und die Umlaufsfähigkeit des Papiers beeinflußt. Andererseits ist aber in dem Papier das Recht, in der Tschechoslowakei irgendeine Leistung fordern zu können, gar nicht enthalten. Es liegt also in der Lieferung dieser Noten nicht die geschuldete Leistung, vielmehr ein aliud. Da aber die Verschaffung des Rechts rechtlich möglich ist, liegt ein Mangel im Recht vor. Der Verkäufer haftet demnach auch nach § 437 BGB. Falls dagegen derartige Noten in Oesterreich geliefert würden, wäre die Sachlage umgekehrt. Der Verkäufer hätte dem Käufer das Recht verschafft, die Urkunde wäre dagegen mangelhaft. Der Verkäufer haftete dann nach § 459 BGB.

Im Zusammenhang hiermit steht auch die Entscheidung in d. JW 1924/1382:

Der Zedent, ein Reisebüro, stand mit der Beklagten in Geschäftsverbindung. Bei ihm eingewechselte Noten lieferte er generell an die Beklagte, die ihm den Betrag dafür gutschrieb.

Als sich gelegentlich bei einer Pfundnote herausstellte, daß diese gefälscht war, belastete die Beklagte das Konto des Reisebüros mit diesem Betrag. Die Klägerin, der die Ansprüche aus dem Konto zediert waren, klagte aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Beklagte. Das OLG wies die Klage ab zunächst mit der Begründung, daß es sich bei Lieferung einer falschen Note bei reiner Beurteilung der Sacheigenschaften der Note um Lieferung eines „aliud" handelte. Wenn dagegen „nur" die Vorschriften über Sachmängel in Betracht kämen, stehe dem Käufer ein Rückforderungsrecht zu, da das Geschäft einen Spezieskauf darstelle (§§ 462/480). Allein das zwischen den Parteien abgeschlossene Geschäft enthalte nicht nur den Verkauf einer Sache, sondern auch den einer Forderung, weil der mit dem Papier verbundene Anspruch auf Zahlung auf den Käufer übertragen werden „sollte". Der Verkäufer hafte somit aus § 437 BGB für den Bestand des Rechts, und im Falle der Nichterfüllung dieser Verpflichtung bestimmten sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320—327 BGB. Die Haftung des Verkäufers für den Bestand des Rechts sei eine Garantiepflicht, d. h. der Verkäufer hafte für das Bestehen des Rechts wie für eine zugesicherte Eigenschaft. Die Berechtigung des Käufers, anstelle der gelieferten falschen Banknote eine echte zu verlangen, ergebe sich mithin, falls wie hier ein Spezieskauf vorliege, aus den §§ 463/249 BGB (vgl. RGR-Komm, § 440 Anm. 1). Da die Klägerin mit der Erfüllung dieser Verpflich-

tung in Verzug gekommen sei, und die gemäß § 326 BGB ordnungsmäßige Nachfrist fruchtlos habe verstreichen lassen, sei die Beklagte zur Vornahme eines Deckungskaufs zwecks Feststellung der Höhe des Schadens berechtigt gewesen. Die Klägerin könne deshalb ihrerseits Erstattung nicht verlangen.

Bei dieser Entscheidung ist aber der Punkt anzugreifen, daß das OLG ein aliud[17]) und einen Sachmangel — wenn vielleicht auch nur bedingt nebeneinander — annimmt. Hierbei ist zu beachten, daß die Voraussetzung für § 459 die Lieferung einer Sache und nicht die eines aliud ist. Wenn der Mangel derartig groß ist, daß er diese in ihrem Wesen völlig verändert, so entfällt damit zugleich die Haftung aus § 459 BGB, und der Kläger hat nur einen Anspruch auf Lieferung. Wenn umgekehrt ein aliud geliefert ist, kann man keinen Sachmangel mehr annehmen. Zu beachten ist bei dieser Entscheidung aber weiter, daß eine Speziessache verkauft und geliefert ist. Die Parteien schlossen den Vertrag dahin, daß diese eine bestimmte Note verkauft werden sollte. Dann kann man aber nicht annehmen, daß die fälschlich angefertigte Note einer echten mit einem Sachmangel gleichstehe. Dieser Standpunkt ist zwar vom RG bei der Frage der Sachmängel bei Gemälden vertreten worden, wir können uns ihn aber hier nicht zu eigen machen. Denn es ist tatsächlich nur diese eine gefälschte Note verkauft und geliefert. Diese Note hat aber mit einer echten nur den äußeren Schein gemeinsam; in Wirklichkeit ist sie nichts weiter als ein wertloses Stück Papier. Wenn aber eine derartige Note verkauft ist, so kann man als Eigenschaft der Note nicht voraussetzen, daß sie echt ist. Das ist unmöglich. Ein Sachmangel kann deshalb auch nicht vorliegen, wenn eine gefälschte Note verkauft worden ist. Dagegen ist ein Recht verkauft worden. Seine Leistung ist rechtlich möglich. Daher greift hier § 437 BGB Platz.

Gegenüber diesem unter Nr. 1 unserer Typen fallenden Beispiel ist auch nachfolgender Fall von Bedeutung (JW 1923/176):

Oktober 1919 kaufte die Klägerin von der Beklagten an der Kölner Börse 1000 Pfund in englischen Banknoten. Als die Klägerin die Noten abholen ließ, wurden dem Boten zehn 100-Pfund-Noten ausgehändigt. 10 Tage später erklärte die Klägerin dem Beklagten, daß eine der erhaltenen Noten falsch sei, und verlangte Ersatzlieferung.

Bei der Klage entschied das RG, daß die Mängelrüge der §§ 377/78 HGB nicht gegeben sei, da die Banknote Doppelnatur habe. Nur für sie als körperliche Sache komme die erwähnte Mängelrüge in Betracht. Aber auch insofern liege § 378 HGB Satz 2 vor, als die gelieferte Ware von der Bestellung so erheblich abweiche, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrach-

[17]) Ebenso Staub Vorbem. vor § 373 Anm. 7 JW 1923/176; Recht 1921 Nr. 640.

ten müsse. Das RG nahm dann weiter an, daß hier ein aliud vorliege und die Beklagte deshalb zur Leistung einer anderen Note verpflichtet sei.

Die gegebene Entscheidung bildet einen Fall für unseren oben unter Nr. 3 vorausgeschickten Typ. Mit dem vorigen hat er gemeinsam, daß auch hier eine gefälschte Note, also eine fälschlich angefertigte Note, geliefert ist. Man kann deshalb ebenfalls nicht annehmen, daß ein Sachmangel vorliegt. Da aber hier keine spezielle Note verkauft ist, sondern nur eine Note aus der Gattung, liegt im Gegensatz zu obigem Fall hier ein aliud vor. Im vorigen Beispiel war vertraglich vereinbart, daß der Verkäufer die bestimmte falsche Note liefern solle; dieser Verpflichtung war er nachgekommen, wenn auch die Parteien dabei davon ausgingen, daß die Note echt sei; aber es war nur diese bestimmte Note verkauft und geliefert. In dieser Entscheidung dagegen hat der Käufer aus der Gattung gekauft. Er hat aber keine Banknote bekommen, die er bestellt hat, sondern ein wertloses Stück Papier, also ein aliud. Deshalb kann er hier aus diesem Gesichtspunkt Lieferung verlangen. Daneben hat aber auch hier der Verkäufer für den Bestand des Rechts zu haften; er haftet so auch aus § 437 BGB. Die beiden letzthin erwähnten Haftungsgrundsätze schließen sich fernerhin gegenseitig nicht aus: die Folgen sind dieselben.

Ein Beispiel für Typ 4 böte folgender Sachverhalt: Der Verkäufer verkauft dem Käufer 1000 Pfund in englischen Banknoten. Als der Käufer die Noten nachher abholen läßt, werden dem Boten zehn 100-Pfund-Noten ausgehändigt. Der Käufer erklärte dem Verkäufer einige Tage später, daß eine von den Banknoten verfälscht sei. Es sei eine 10-Pfund-Note in eine 100-Pfund-Note geändert worden.

Bei zusammenfassender Stellungnahme gehen wir zweckmäßig wieder von unseren vorausgesetzten Typen aus:

Im ersten Falle handelte es sich um die Lieferung eines bestimmten gefälschten Wertpapiers (Speziessache).

Ein Sachmangel lag hier nicht vor, da nur eine bestimmte Sache verkauft und übergeben war. Aus dem gleichen Grunde handelt es sich auch nicht um die Lieferung eines aliuds[18]). Dagegen war zu prüfen, ob § 437 BGB zur Anwendung kommt, da Käufer und Verkäufer ein Recht kaufen und verkaufen wollten. Der Verkäufer eines Rechts haftet aber für dessen Bestand, es sei denn, daß das Recht rechtlich unmöglich ist. Der Verkäufer haftet daher nach den §§ 437/440, falls nicht ein nach § 306 BGB nichtiger Vertrag vorliegt. Ein Streitpunkt bezüglich der §§ 437 und 459 BGB besteht also in der-

[18]) Den gleichen Standpunkt vertritt auch die österreichische Rechtsprechung, die die §§ 922; 933 ABGB ablehnt; vgl. Schey das ABGB S. 496 Anm. 2.

artigen Fällen nicht. Für unsere Streitfrage ist demnach obiger Typ von Beispielen ohne Interesse.

Unter Nr. 2 führten wir den Verkauf einer bestimmten verfälschten Banknote (Wertpapiers) an. Auch hier lag eine Speziessache vor. Doch handelte es sich um ein echtes Wertpapier, das einen physischen Mangel hatte. Insofern ist also die Anwendung des § 459 BGB zu prüfen. Daneben aber ist in vorliegendem Fall auch das Recht verkauft; der Verkäufer haftet für dessen Bestand nach § 437 BGB. Hier besteht also eine Konkurrenz zwischen beiden Paragraphen. Die Streitfrage selbst, ob dann beide nebeneinander Geltung haben oder nur der eine oder andere zur Anwendung kommen kann, werden wir weiter unten noch behandeln.

Der dritte Typ fällt ebenso wie der erste nicht in unser Gebiet. Es liegt kein Sachmangel vor. Der Käufer hat einen Anspruch auf Lieferung aus dem Vertrag, da ein aliud geliefert ist, daneben den Anspruch aus den §§ 437/440 BGB.

Beim letzten Typ kommt es dagegen ebenfalls auf die Streitfrage an, ob bei Vorliegen eines Sachmangels und zugleich einem Mangel im Recht die §§ 437 und 459 BGB nebeneinander zur Anwendung kommen, oder ob der eine den anderen ausschließt. Denn es liegt im gegebenen Falle insofern ein Sachmangel vor, als tatsächlich ein echtes Wertpapier geliefert wurde. Dieses hatte den äußerlichen Fehler, daß es verfälscht war. Andererseits liegt ein Rechtmangel insofern vor, als der Verkäufer dem Käufer Rechte verkaufte, die in der Urkunde verbrieft sein sollten, aber nicht verbrieft waren. Für den Bestand dieser Rechte haftet der Verkäufer nach § 437 BGB.

Die Haftung bei den beiden Typen 2 und 4, die allein bei unserer Streitfrage von Bedeutung bleiben, kann aber vielleicht insofern verschieden sein, daß bei Vorliegen eines Sachmangels im ersten Falle (Typ 2) nur eine Haftung aus § 459 begründet werden könnte, während im anderen Fall (Typ 4) auch § 480 BGB zur Anwendung kommen müßte.

Bei Stellungnahme zu einer Konkurrenz der §§ 437 ff und §§ 459 ff können wir zunächst wieder von Neukamp ausgehen, der Wertpapiere ja nur als Sachen behandelt wissen will und deshalb auch nur die §§ 459 ff zur Anwendung kommen läßt. Das RG hat sich zumal in der ersten der oben erwähnten Entscheidungen diesem Standpunkt erheblich genähert, indem es ausführt: „solche Banknoten werden im Verkehr lediglich als Sachen behandelt"[19]). Damit will es nicht, wie es zu Anfang der Entscheidung besonders betont, von der h. M. abweichen, daß „das Wertpapier nicht nur körperliche Sache, sondern auch Träger der verbrieften Rechte" sei, tut es aber im Grunde genommen doch.

---

[19]) Staub, Vorbem. vor § 373 Anm. 7, der außerdem die Vertretbarkeit besonders betont.

Staub[20]) tritt ebenfalls für eine überwiegende Behandlung wenigstens der ausländischen Banknoten als Sachen ein. Es müßten hier alle äußerlich ohne weiteres erkennbaren Mängel als Sachmängel betrachtet werden, und zwar auch dann, wenn durch diese Mängel der Bestand im Recht berührt werde. Deshalb habe in solchen Fällen der Käufer keinen Anspruch auf Lieferung anderer Noten, es sei denn unter dem Gesichtspunkt des § 463 BGB.

Gegen Neukamp spricht aber § 437 II BGB, der hier das Wertpapier besonders erwähnt, woraus zu folgern ist, daß auch § 437 I BGB Geltung haben soll. Eine Einschränkung dahingehend, daß § 437 nicht für Inhaberpapiere gelten solle, ist aber nicht gemacht, läßt sich zudem aus den sachenrechtlichen Vorschriften nicht folgern. Eine reine Annahme von § 459 BGB bei allen Fehlern bei Wertpapieren ist deshalb nicht möglich, die h. L.[21]) nimmt auch die Anwendbarkeit beider Paragraphen bei Wertpapieren an. Bezüglich der Grenzziehung weichen aber die Ansichten weit voneinander ab. Einigkeit liegt nur insofern vor, als bei einem rein äußerlichen Mangel des Papiers — wenn also die Urkunde zerrissen oder beschmutzt ist — § 459 BGB Anwendung finden solle. Eine weitere Anwendung des § 459 lehnt aber die h. M. zunächst ab.

Ist aber überhaupt eine Konkurrenz zwischen den Paragraphen möglich, wenn es sich um denselben Gegenstand handelt? Wie verhält es sich dann mit den gesetzlichen Folgen und den Verjährungsvorschriften? Wenn man davon absieht, daß teilweise die Verpflichtung des Verkäufers schon aus § 433 I 2 herzuleiten ist, nämlich dafür, daß er dem Käufer die Befugnis zur Geltendmachung des verbrieften Rechts verschaffe[22]), so bleiben uns noch zwei Fälle zur Beurteilung:

1. daß es sich bei dem verkauften Gegenstand um mehrere „Fehler" handelt, für die der Verkäufer teils nach § 437 BGB, teils nach § 459 BGB haftet,
2. daß es sich bei dem verkauften Gegenstand nur um einen Fehler handelt, daß man hierauf aber sowohl § 437 BGB wie § 459 BGB anwenden könnte.

Im ersten Fall wird man zweifelsohne annehmen können, daß die §§ 437 und 459 BGB nebeneinander zur Anwendung kommen können; denn durch die Geltendmachung eines Fehlers wird nicht die des anderen ausgeschlossen, auch wenn die Haftpflicht für beide Fehler verschieden ist.

---

[20]) A. a. O. § 373 Vorbem. Anm. 7.

[21]) RGR-Komm. § 437; 7; Staudinger II 2 § 437 I h; Oertmann Recht der Schuldv. II S. 543; Warn. Komm. § 437 III, Lehmann i. d. Zeitschr. f. d. g. Handelsr. 51/373; Recht 1910 Nr. 1512 = LZ. 1910/161.

[22]) RG 1/292; 10/170; 30/158; 108/318; 109/297; Warn.Komm. § 437 III.

Liegt aber nur ein Fehler vor, so wird man sich für die Anwendung des § 437 oder des § 459 BGB entscheiden müssen. Daß eine derartige Konkurrenz möglich ist, haben wir an obigen Beispielen schon geschehen.

Soll man dann die Wahl zwischen den Ansprüchen aus den §§ 437 und 459 BGB dem Käufer überlassen oder soll er den einen oder anderen als Eventualantrag geltend machen?

Im ersteren Falle stünde ihm dann neben der Klage auf Erfüllung, der Einrede des nichterfüllten Vertrages, dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Recht zum Rücktritt ein Anspruch auf Wandlung oder Minderung nach § 459 BGB zu oder bei Gattungsschulden die Lieferung einer mangelfreien Sache. Schon bei dieser Aufzählung sieht man, daß die Ansprüche, wie schon erwähnt, nicht nebeneinander geltend gemacht werden können. Denn z. B. will § 459 BGB gerade den Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung ausschließen und verweist hier den Käufer allein auf Wandlung oder Minderung. Außerdem stünde dem Käufer nach Verjährung der Ansprüche aus § 459 BGB immer noch die Geltendmachung des § 437 BGB zu. Die Rechtsunsicherheit, die sich ergäbe, wäre aber dem Verkäufer nicht zuzumuten.

Das gleiche Resultat ergäbe sich, wenn der Käufer seine Ansprüche eventual geltend machte.

Aus diesen Gesichtspunkten allein muß deshalb schon eine Haftung für denselben Fehler aus § 437 und § 459 BGB abgelehnt werden.

Welchem Paragraphen ist aber dann der Vorzug zu geben, falls streitig ist, ob es sich um einen Rechts- oder Sachmangel handelt oder genauer ausgedrückt, falls der Tatbestand für beide Paragraphen gegeben ist?

Um zu einem gerechten Ergebnis zu kommen, wird man das in vielen Fällen nach Treu und Glauben verschieden beurteilen wollen. Aber allein bei Berücksichtigung dieses billigen Ergebnisses wäre eine derartige Rechtsprechung höchst ungesund und mit der Rechtssicherheit wenig in Einklang zu bringen. Brauchbarer ist dagegen der Vorschlag Neukamps, der Wertpapiere, zumal Banknoten, nur als Sachen behandelt wissen will. Dieser Vorschlag würde obige Rechtsunsicherheit vermeiden, steht aber mit der Doppelnatur der Wertpapiere in Widerspruch. Wenn auch im Volk das Geld meistens nur als Sache angesehen und das darin liegende Recht weniger beachtet wird, so ändert dies noch nichts an der Rechtsnatur des Wertpapiers. Insofern ist aber der Gedanke verwertbar, als man, wie auch Staub will, bei Wertpapieren die Sacheigenschaft weitmöglichst in den Vordergrund rückt und bei Fehlern, wie den oben angeführten, grundsätzlich Sachmängel annimmt und nur bei reinen Fehlern im Bestand des Rechts den § 437 BGB zur Anwendung kommen läßt.

Dies wäre nur bei ständiger Rechtsprechung in dieser Richtung durchzuführen, würde aber verschiedentlich noch zu Unbilligkeiten und Härten führen. Bei der Formulierung der §§ 437 und 459 BGB ist dagegen eine genaue Abgrenzung zwischen den Paragraphen nicht möglich.

Eine weitere Streitfrage auf diesem Gebiet besteht bezüglich der Haftung für die Wirtschaftlichkeit (Rentabilität) der Wertpapiere.

Wir können hier wieder von obigem Beispiel (RG 59/240) ausgehen, wo bekanntlich die Unterlagen des Aktienunternehmens — die Bergwerke — nicht das in dem Exposé und bei der Verhandlung mündlich angepriesene Erz enthielten. Das Erz und die Grubenfehler waren mangelhaft. Bekanntlich lehnte das RG sowohl eine Haftung des Verkäufers nach § 437 wie § 459 BGB ab.

Trotzdem wäre eine Haftung wohl wünschenswert[23]), fraglich ist nur, mit welcher Begründung.

Heim[24]) meint zwar, daß eine Haftung nicht erforderlich sei, da der Kauf von Wertpapieren stark aleatorischen Charakter trage und der Käufer deshalb neben günstigen auch evtl. ungünstige Ergebnisse allein zu übernehmen habe. Diese Auffassung mag richtig sein, wenn keine besonderen Zusicherungen — wie in obigem Falle — gemacht sind. Sind diese aber besonders betont, so wird man sich ohne weiteres der Auffassung Heims nicht anschließen. Fraglich bleibt aber dann, ob der Verkäufer nach § 437 oder § 459 BGB haftet oder ob der Käufer Rechte nur aus einer Garantiehaftung geltend machen kann, oder ob er etwa den Vertrag anfechten muß.

Pelkmann[25]) nimmt zu diesem Punkt eine Haftung nach § 459 BGB an. Er geht von dem wirtschaftlichen Zweck beim Kauf eines Rechts aus, unterscheidet dann zwischen dem stofflichen Inhalt des Rechts (Herbeiführung des bezweckten Erfolges) und der Ausübung des Rechts selbst (Verfügung über das Recht). Dieser letztere nur formelle Inhalt diene dem stofflichen. Letzterer sei der Kern des Rechts, der zu dem vorgestellten außerhalb des Rechts liegendem, vom Recht bezweckten Erfolg in Abhängigkeitsverhältnis stehe. Im Hinblick hierauf gewinne er — sozusagen — greifbare Gestalt und würde zum Gegenstand. Man dürfe dann aber nicht bei der engen Regelung des § 90 stehen bleiben, und müsse deshalb bei einem Mangel des stofflichen Inhalts § 459 BGB anwenden[26]). Bei einem Fehler der formellen Inhalts komme dagegen § 437 BGB zur Anwendung.

---

[23]) Düringer i. Holdh. 1904/251, DJZ. 1905/374; Neukamp i. Holdh. 1905/1 ff, a. M. RG 59/240.

[24]) Heim, die Rechtsstr. etc. § 11.

[25]) LZ. 1917/1119.

[26]) Im Ergebnis gleich: Staudinger Vorbem. 1 c vor § 459, § 437, II 1 d; Würzburger i. Gruch.Beitr. 51/721.

Staudinger[27]) befürwortet für ähnlich gelagerte Fälle eher eine Garantiehaftung[28]), Hagemann[29]) will sogar § 771 zur Anwendung kommen lassen. Neukamp[30]) kommt ebenso mit der Behandlung der Wertpapiere (nicht nur der Inhaberpapiere) als Sachen zum gleichen Ergebnis.

Ebenso hat auch Hagens eine Haftung nach Analogie des § 459 BGB befürwortet[31]). Er geht von der Trennung zwischen den §§ 437 und 438 BGB — also zwischen Verität und Bonität — aus, kommt dann zu dem Schluß, daß die wirtschaftlichen Grundlagen bei etwaigen Mängeln nicht nach § 437 BGB behandelt werden könnten. Vielmehr müsse wie bei § 119 II BGB, wo der Begriff „Eigenschaft einer Sache" im weiteren Sinne gebraucht sei, insbesondere unter Einschließung der tatsächlichen Verhältnisse, auch bei § 459 BGB eine derartige weitere Auslegung Platz greifen. Deshalb sei auch bei mangelhafter wirtschaftlicher Grundlage § 459 BGB analog anzuwenden[32]).

Oertmann[33]) hat sich gegen diese Ansicht erklärt. Man könne bei solchen tatsächlichen Verhältnissen, von denen lediglich die wirtschaftliche Ergiebigkeit abhänge, nicht mehr von Eigenschaften sprechen[34]); Heim[35]) nimmt ebenfalls an, daß § 459 BGB nicht zur Anwendung komme, da die Beziehungen zwischen Kauf und Rentabilität nur mittelbare seien, der Verkäufer außerdem häufig über die Rentabilität ebenso im Unklaren sei wie der Käufer.

Demgegenüber steht Düringer auf dem Standpunkt[36])[37])[38]), daß auch bezüglich des wirtschaftlichen Werts § 437 BGB Anwendung finden müsse. Dies erkläre sich aus dem Wortlaut des § 437 BGB: der Verkäufer haftet für den rechtlichen B e s t a n d des Rechts. Anderenfalls hätte der Wortlaut lauten müssen: „Der Verkäufer haftet für das B e s t e h e n des Rechts." B e s t a n d sei aber mehr als bloßes B e s t e h e n. Der Ausdruck deute somit auf eine gewisse Qualifizierung der Existenz hin. Dieser „B e s t a n d" sei bei den Aktien ein verschiedener, je nachdem die Aktie ein Recht auf Dividende tatsächlich (nicht nur theoretisch) gewähre oder nicht. So gut man die Rentabilität eines Hauses als dessen Eigenschaft i. S. des § 459 II BGB auffasse, ebenso müsse man auch die Rentabilität

---

[27]) § 438,4 c, ebenso RGR-Komm. § 437,3.
[28]) Vgl. RG 68/292; Oertmann Schuldv. II S. 543; Planck § 437 2 b.
[29]) Recht 1908/331.
[30]) Holdh. 1905/1 ff.
[31]) DJZ. 1905/664.
[32]) Aehnlich RG 18/180 ff.
[33]) Schuldv. II S. 543.
[34]) Dagegen auch Planck II 2 § 437 2 b.
[35]) A. a. O. § 11.
[36]) LZ. 1918/79; DJZ. 1905/374 ff.
[37]) Ebenso Düringer-Hachenburg III 41/2.
[38]) Teilweise unterstützend RG 59/240.

eines Rechts als zum „Bestand" desselben gehörig auffassen. Allerdings hafte der Verkäufer nicht ohne weiteres für die Bonität (§ 438 BGB), aber er habe dafür einzustehen, daß ein Recht in dem Umfange bestehe, in dem er es zugesagt habe. Schon aus dieser Zusicherung sei deshalb meistens eine Haftung des Verkäufers nach § 437 anzunehmen.

Bereits obige Unterscheidung zwischen „Bestand" und „Bestehen" hält Heim[39]) für unzutreffend, da § 437 BGB vom „rechtlichen Bestand" spreche und die Unterscheidung Düringers den Unterschied verwische, der zwischen einem Recht und dessen wirtschaftlicher Ergiebigkeit zu machen sei. Die von Düringer vertretene Ansicht bedeute nichts anderes als die Statuierung einer der Sachmängelhaftung analogen Haftung.

Durchweg ist auch die Ansicht Düringers abgelehnt worden: Pelkmann[40]) hält diese Ausdehnung des § 437 für eine Ueberschätzung, Hagens[41]) und Neukamp[42]) sehen darin eine Verwischung der scharfen Scheidung zwischen den §§ 437 und 438 BGB, also der Verität und Bonität des Rechts[43]). Enneccerus[44]) empfiehlt statt dessen für sämtliche Fälle, zumal auch mit Rücksicht auf die Verjährungsfristen hier ein nach Analogie des Forderungskaufs (§ 438 BGB) zu beurteilendes Garantieversprechen anzunehmen.

Wie Enneccerus hat auch die h. M.[45]) sowohl eine Haftung nach § 437 und § 459 BGB oder nach Analogie dieser Paragraphen abgelehnt. Sie hilft sich evtl. mit Anfechtung wegen Irrtums[46]), kommt aber dann teilweise[47]) zu unbilligen Ergebnissen, wenn sie § 119 II BGB verneint. Diesen Standpunkt fanden wir bereits oben in der RG-Entscheidung 59/240.

Kurz zusammengefaßt haftet nach h. M. der Verkäufer eines Wertpapiers nach § 437 BGB keineswegs allein dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist (§ 437 II BGB), sondern „auch" dafür, — also abgesehen von dem Umfang der Haftung — für den rechtlichen Bestand des Rechts, der sich schon aus der allgemeinen Regel des § 437 I BGB ergibt. Daneben tritt dann eine Haftung nach § 459 BGB bei rein physischen Mängeln der Urkunde ein. Ein Mangel im Recht liegt hiernach z. B. vor beim

---

[39]) A. a. O. § 11.
[40]) LZ. 1917/1119.
[41]) DJZ. 1905/664.
[42]) Holdheim 1905/1 ff.
[43]) Ebenso Oertmann Schuldv. II S. 543; Planck II 2 § 437 2 b.
[44]) Enneccerus I 2 § 431 III Anm. 37.
[45]) Leonhard II, 2 S. 47, Heim § 10, Oertmann II 2 S. 543, Staudinger § 437 2 b; Warn.Komm. § 437 III, Planck II 2 § 437 2 b.
[46]) Z. B. RG in Gruch.Beitr. 48/100.
[47]) Z. B. RG 59/240.

Kux, wenn sich die Gewerkschaft in Liquidation befindet[48]) oder der Kux mit einer Zubuße belastet ist[49]).

Die Ansicht der h. M. ist aber auch begründet. Denn gerade beim Kauf eines Wertpapiers hat das Geschäft stark aleatorischen Charakter. Käufer und Verkäufer stehen zumeist mit dem von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen in keinerlei Zusammenhang, wissen daher gewöhnlich auch nicht, ob und wie sich das Unternehmen rentiert. Eine veröffentlichte Bilanz bietet ihnen für die Rentabilität auch keinerlei Gewißheit. Eine Haftung für solche Fälle ist deshalb sowohl aus § 437 wie § 459 BGB abzulehnen. Kauft der Käufer Wertpapiere, so hat er selbst dafür das Risiko zu tragen.

Hinzu kommt aber noch ein weiterer Gesichtspunkt. Es handelt sich bei derartigen Fällen weder um einen Rechtsmangel noch um einen Sachmangel. Diese dritte Gruppe von Mängeln kann man nicht ohne weiteres für erheblich erklären. Auch bei der Zusicherung der Rentabilität liegt kein Mangel i. S. des § 437 BGB vor; denn die Zusicherung könnte sich nur auf den Bestand des Rechts erstrecken.

Bei einer solchen Zusicherung könnte man deshalb nur einen Garantievertrag annehmen. Zu beachten ist aber hierbei, daß darin auch wirklich eine Zusicherung und keine bloße Anpreisung liegt. Wie schon oben ausgeführt, ist auch dem Käufer die Unzuverlässigkeit derartiger Zusicherungen bekannt. Ist dagegen die Rentabilität für einen bestimmten vergangenen Zeitraum zugesichert, so hat der Käufer, falls die Angaben unrichtig sind, die Möglichkeit, das Geschäft wegen arglistiger Täuschung anzufechten. Bei bestimmten Zusicherungen für die Zukunft liegt darin ein Garantievertrag; den Verkäufer träfe hieraus eine Haftpflicht. Eine weitergehende Haftung etwa nach § 437 oder § 459 BGB ist unter diesen Gesichtspunkten überflüssig.

Neben diesen Fragen, wonach die Umstände zu vertreten sind, die das Wertpapier selbst betreffen, sei es, daß es sich um rein körperliche Mängel der Urkunde, sei es um Mängel des in der Urkunde verbrieften Rechts oder um die Rentabilität des Wertpapiers handelt, sind die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte bei Beurteilung der den Wertpapieren anhängenden Nebenpapiere, Talons, Cupons etc, zu berücksichtigen.

Die Frage ist durchweg ebenso behandelt wie die über die Anwendbarkeit der §§ 437 und 459 BGB auf die Wertpapiere selbst.

Danach ist nach h. M. das Fehlen von selbständigen Beilagen, Cupons, Talons etc. als Sachmangel nach § 459 BGB zu behandeln. Zwar sind auch hier einige Abweichungen vorhanden, z. B. nimmt

---

[48]) LZ. 1917/1101.
[49]) RG 99/218; Warn.Komm. § 437 III.

Brunner an[50]), daß in solchen Fällen zu wenig geliefert sei; für uns sind diese Ansichten aber ohne Interesse.

Ebenso gelten auch die gleichen Grundsätze wie oben bei der Zusicherung von Nebenrechten und deren Rentabilität[51]).

### C. Gesellschaften.

Neben diesen Fällen finden wir als weitere wichtige Gruppe den Verkauf von Anteilen einer Gesellschaft, sei es nun AG. oder G.m.b.H., Einmannsgesellschaft usw.

Der Kauf eines Geschäftsanteils ist Kauf eines Rechts nach § 433 I 2 BGB. Der Verkäufer hat ihn dem Käufer zu verschaffen und haftet für den Bestand des Rechts nach §§ 434/437 BGB. § 459 BGB findet dagegen keine Anwendung. Bereits oben hatten wir weiter festgestellt, daß bei nicht voller Einzahlung der Stammeinlage nicht § 434, sondern § 437 I BGB zur Anwendung kommt[1]).

In vorliegender Gruppe von Fällen wollen wir nun zu der Frage Stellung nehmen, inwieweit die Gewährleistungsvorschriften zur Anwendung kommen, wenn nicht nur ein Anteil, sondern alle Anteile verkauft werden oder die weitaus größere Hälfte übertragen wird.

Folgender Fall diene als Beispiel (RG 86/146):

Der Käufer wollte eine Bohrgerechtigkeit erwerben. Er kaufte deshalb sämtliche Anteile der G. m. b. H. auf, deren Vermögen eben diese Bohrgerechtigkeit bildete.

Das RG lehnt hier in Einklang mit der bis dahin geltenden Rechtsprechung[2]) Ansprüche wegen etwaiger Fehler am Bestande des Gesellschaftsvermögens ab. Weder § 437 noch § 459 BGB kämen zur Anwendung. Diese scheiterten daran, daß der Beklagte nicht die Bohrgerechtigkeit, sondern die Geschäftsanteile der G. m. b. H. verkauft habe. Zwar sei dem Kläger bzw. dessen Rechtsnachfolger nicht darum zu tun gewesen, Anteilsrechte an einer G. m. b. H. zu erwerben, er habe vielmehr dadurch die Verfügung über die Bohrgerechtigkeit, die das einzige Vermögen der Gesellschaft bildete, erwerben wollen. Dies sei aber nur der „wirtschaftliche Zweck" gewesen, den das Geschäft verfolge, nicht aber der Gegenstand der Leistung, die er sich vom Beklagten versprechen ließ. Denn der Beklagte habe sich durch den Verkauf nicht verpflichtet, dem Käufer das Bohrrecht zu verschaffen, habe dies auch nicht gekonnt, da die Gesellschaft nach wie vor Inhaberin des Bohrrechts geblieben sei.

---

[50]) Endemann Hbd. II, S. 210.
[51]) RG 56/253.
[1]) So auch Brodmann Ges. betr. d. Ges. m. b. H. 1929 S. 66, Scholz, Komm. z. Ges. betr. d. G. m. b. H. 1928 S. 196, RG 86/149; Liebmann und Saenger Komm. z. Ges. betr. d. G. m. b. H. 1927, S 99.
[2]) Vgl. Warn. Jahrb. 1913 Nr. 310.

Der Beklagte habe sich daher durch den Vertrag nur verpflichtet, dem Käufer die sämtlichen Gesellschaftsanteile zu verschaffen. Es handele sich demnach nicht um den Verkauf von Sachen, sondern um einen solchen von Rechten, auf den § 437 BGB Anwendung finde. Da aber der rechtliche Bestand der verkauften Anteile einwandfrei sei, sei eine Haftung des Beklagten aus dem Vertrage nicht begründet.

Diese Entscheidung ist in jedem Fall unbefriedigend. Trotzdem ging der Kläger vom richtigen Gedankengang aus. Denn anfechten nach § 119 konnte er nicht, da ein Motivirrtum vorlag[3]), ein Motivirrtum aber regelmäßig unbeachtlich ist.

Die Streitfrage, die hier zum Ausdruck kam und mit der wir uns in folgendem beschäftigen wollen, läßt sich dahin definieren:

Haftet der Verkäufer auch für die wirtschaftliche Zielsetzung, wenn die zur Anwendung kommende zivilrechtliche Gestaltung diese Zielsetzung nicht mit umfaßte, die Parteien aber bei Abschluß des Vertrages nur diese wirtschaftliche Zielsetzung erreichen wollten.

Um zu dem Standpunkt des RG zu dieser Frage zurückzukommen, so hat es späterhin an obigem unbefriedigenden Ergebnis nicht festgehalten. In der JW 1930/3740 Nr. 7 finden wir dazu folgende Entscheidung:

Die Erwerber haben sämtliche Anteile einer G. m. b. m. an einer Grube gekauft. Die Grube war aber bereits weiter abgebaut, als nach dem Grubenplan ersichtlich war. Hierin sahen die Erwerber, da sie die Gruppe kaufen wollten und nicht nur die Geschäftsanteile der G. m. b. H., einen Sachmangel, für den die Verkäuferin nach § 459 BGB haften müsse.

Das RG entschied:

Soweit es sich um den Kauf einzelner Geschäftsanteile einer G. m. b. H. handelt, ist nur eine Haftung nach § 437 BGB möglich. Es ist eben nur die Veräußerung dieses bestimmten Anteils der G. m. b. H., nicht aber die eines Anteils des betriebenen Erwerbsgeschäfts. Der G. m. b. H.-Anteil ist aber ein „sonstiges Recht" im Sinne des § 437 BGB. Wenn aber alle Anteile verkauft sind, ist neben diesen Anteilen das von der Gesellschaft betriebene Erwerbsgeschäft Gegenstand des Kaufs. Dann kommt hierfür aber § 459 BGB zur Anwendung. Denn in solchen Fällen ist der wirtschaftliche Erfolg stärker zu betonen. Der Zweck des Verkaufs bzw. des Kaufs aller Anteile der G. m. b. H. liegt nämlich in der Verschaffung der vollen Verfügung über das Eigentum der Gesellschaft, während die Uebertragung der Geschäftsanteile nur die äußere Form darstellt. Hier muß notwendig der einheitliche, uno actu erfolgte Verkauf

[3]) RG 86/149; Liebmann und Saenger Komm. z. d. Ges. betr. d. G. m. b. H. 1927/98.

sämtlicher Anteile einer G. m. b. G. als eine Veräußerung des von dieser betriebenen Unternehmens selbst angesehen werden. Dem Erwerber soll nach der Auffassung des Verkehrs die gleiche Stellung eingeräumt werden, wie wenn er das Unternehmen selbst gekauft hat. Dann aber kann der Verkäufer der Gesellschaftsanteile auch hinsichtlich der Haftung für Rechts- und Sachmängel — nur um letztere handelt es sich hier — nicht anders gestellt werden, wie bei dem Verkauf des Unternehmens selbst. Es muß deshalb in vorliegendem Falle ein Fehler i. S. § 459 BGB angenommen werden.

Diese vom RG auch sonst[4]) vertretene Ansicht ist aber nicht unbestritten geblieben.

Hauptsächlicher Gegner ist hier zunächst Roth[5]), dem aber auch Neukirch[6]) zustimmt.

Roth geht von einem Vergleich mit dem Steuerrecht aus. Hier sei es üblich, wirtschaftliche Zielsetzungen losgelöst von ihrer zivilrechtlichen Gestaltung in einen steuerlichen Tatbestand einzuordnen. Diese im Steuerrecht liegende Eigentümlichkeit dürfe aber auf das Zivilrecht nicht übertragen werden. Dagegen sprächen rechtspolitische wie rechtstheoretische Erwägungen.

Zurückzuführen sei zunächst die Umstellung in der Rechtsprechung auf den Einfluß der soziologischen Schule. Unverkennbar habe diese Schule bei gänzlicher Unzulänglichkeit des Rechts auf verschiedenen Gebieten einen segensreichen Einfluß gehabt, z. B. im Mietrecht. Aber es liege in dieser freieren Rechtsfindung eine große Gefahr. Denn überall da, wo sie den Bedürfnissen entsprechend durchgesetzt werde, bringe sie einen Widerspruch zwischen der gewählten zivilrechtlichen Gestaltung und der materiellen Tragweite der dahinterliegenden wirtschaftlichen Zielsetzung, der im Endergebnis zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führe. Und gerade diese solle durch die Zivilrechtsnormen vermieden werden.

Die Loslösung der wirtschaftlichen Zielsetzung von der zivilrechtlichen Gestaltung und ihrer Beurteilung nach Analogie anderer rechtlicher Gestaltungen setze mehr als zulässig die Präventivwirkung einer bestimmten zivilrechtlichen Gestaltung außer Funktion. Die Rechtsbeziehungen hingen somit mehr von einer zukünftigen richterlichen Entscheidung ab als von vorbedachter Entscheidung der Parteien. Das bedinge aber eine erhöhte Qualität der Rechtsprechung und sei mit der viel zu großen Ausdehnung unseres Justizapparates und der damit verbundenen Gefahr der Qualitätsverflachung nicht vereinbar.

---

[4]) RG 122/379; 120/283; 112/236; 98/239; JW 1926/550; 1930/1374; LZ. 1930/1097.

[5]) Roth in der JW 1928/1392 ff, 1929/2519; LZ. 1928/102.

[6]) JW 1929/1374.

In rechtstheoretischer Hinsicht müsse festgestellt werden, daß dieselbe wirtschaftliche Zielsetzung in verschiedenen rechtlichen Gestaltungen gleichzeitig nicht erreicht werden könne. Die wirtschaftliche Zielsetzung habe überhaupt keinen rechtlichen Inhalt. Zwar habe der Begriff Kauf auch einen wirtschaftlichen Inhalt, aber dieser Begriff sei nicht fähig, dem Rechtsverkehr zugrunde zu liegen, nicht einmal dazu, den wirtschaftlichen Verkehr zu tragen. Der Kauf als zivilrechtliche Gestaltung sei es vielmehr, dessen sich der wirtschaftliche Verkehr bediene. Wähle der Interessent eine andere rechtliche Form, so müsse er sich damit abfinden, die Herrschaft nur aus dieser rechtlichen Gestaltung heraus und mit den sich an diese knüpfenden rechtlichen Folgen und ihnen entsprecheden wirtschaftlichen Vor- und Nachteilen zu erwerben und ausüben zu können. Deshalb schlage der Einwand, wer alle Anteile einer Grundstücks-G. m. b. H. kauft bzw. verkauft, wolle in Wahrheit das Grundstück kaufen bzw. verkaufen, nicht durch. Denn neben dem Parteiwillen müsse die Rechtsgestaltung die Rechtsfolgen bestimmen.

Nur wo es für eine bestimmte wirtschaftliche Zielsetzung an einer kongruenten rechtlichen Gestaltung fehle, hätten Gesetzgebung und Rechtsprechung die Aufgabe, sie zu schaffen, wo sie aber vorhanden sei, sei es Sache der Parteien, für eine bestimmte wirtschaftliche Zielsetzung auf ihre Gefahr hin die kongruente rechtliche Gestaltung zu wählen.

Denselben Gedankengang, wenn auch nur mit schwach zum Ausdruck gebrachter Begründung, vertritt Neukirch[7]).

Demgegenüber steht zunächst Hachenburg[8]):

Bei dem Verkaufe sämtlicher Anteile einer Gesellschaft — zumal bei der sog. Einmanngesellschaft — könne man nicht auf dem von Roth vertretenen formaljuristischen Standpunkt stehen bleiben. Denn im Rechtsverkehr werde häufig die Trennung der Einmannsgesellschaft und ihres Vermögens von der Person des einzigen Gesellschafters nicht so krass aufrechterhalten. Insofern müsse dann auch die formalrechtliche Konstruktion gegenüber den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Anschauungen zurücktreten und der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr die mittelbare Lösung bieten: Wer einem anderen sämtliche Anteile an einer G. m. b. H. verkaufe, verkaufe ihm nach der Anschauung der Parteien das Unternehmen selbst. Dann müsse er aber auch in gleicher Weise haften, also käme § 459 BGB zur Anwendung.

Ebenso entscheidet Friedländer[9]). Er geht wie Roth vom steuerrechtlichen Standpunkt aus, kommt aber dann nur zum umgekehrten Ergebnis, „daß allmählich das Zivilrecht in der Erkenntnis der Not-

[7]) JW 1929/1374.
[8]) § 13 Anm. 1; ebenso Pelkmann LZ. 1917/1119.
[9]) JW 1926/2892.

wendigkeit einer Sonderbehandlung dem Steuerrecht folge". Regelmäßig werde zwar bei derartigen Geschäften eine eingehende vertragliche Regelung hinsichtlich der Aktiven und Passiven getroffen. Aber auch wenn es an einer solchen Abmachung fehle, sei doch der Wille der Parteien im Zweifel dahin auszulegen, daß eine Veräußerung des Unternehmens selbst gemeint sei. Daher müßten die Grundsätze über den Kauf und über Gewährleistung Anwendung finden.

Sonntag[10]) vertritt ebenfalls die Ansicht, daß beim Verkauf einer Einmannsgesellschaft die Fehler des Unternehmens nach § 459 BGB zu vertreten seien. Er nimmt noch besonders Stellung zu der von Roth vertretenen These von der Trennung der wirtschaftlichen Zielsetzung und rechtlichen Gestaltung. Ebenso wie Hachenburg hält auch er diese für formaljuristisch. Die beiden Begriffe seien zwar zunächst voneinander zu trennen. Gewöhnlich sei die wirtschaftliche Zielsetzung vorher vorhanden; zu ihrer Verwirklichung müsse man sich der rechtlichen Gestaltung bedienen; hierdurch erhalte die wirtschaftliche Zielsetzung ihre Form. Die so erreichte Form sei aber nicht mehr in allen Fällen unsern Wirtschafts- und Rechtsverhältnissen adäquat. Denn die Wirtschaft sei in mancherlei Beziehung über das Gesetz hinausgewachsen, z. B. könne für die Kündigung nach § 549 BGB darin noch kein Grund gesehen werden, daß der Inhaber einer Einzelfirma diese in eine G. m. b. H. oder AG. ändere, während Personal, Warenvorräte usw. nicht geändert würden.

Eine Berechtigung für die Gleichstellung der wirtschaftlichen Zielsetzung mit der rechtlichen Gestaltung müsse aber deshalb angenommen werden, weil sonst die Möglichkeit bestehe, gewisse Gegenstände so zum Objekt des Handelsverkehrs zu machen, daß bei ihnen die ädilizische Haftung wegfiele. Diese Haftung müsse aber dem Rechtsempfinden nach verlangt werden.

Vor allem sei die Gleichstellung und daher auch die Haftung umso mehr berechtigt, als der Erwerber häufig aus Kostenersparnisgründen oder um eine Auflassung zu ersparen, die Anteile der Gesellschaft erwerbe und nicht erst verlange, daß die Gesellschaft aufgelöst werde.

Auch jedem dritten Berechtigten am Grundstück: Mieter, Hypothekengläubiger, Servitutenberechtigten usw. stehe der Erwerber sämtlicher Anteile ebensogut als Herr gegenüber wie der eingetragene Eigentümer. Wirtschaftlich gesehen sei deshalb zwischen der G. m. b. H. und dem Erwerber sämtlicher Anteile kein Unterschied. Insofern müßten aber dann auch auf das Unternehmen der Gesellschaft die Gewährleistungsvorschriften der §§ 459 ff BGB Anwendung finden. Dabei mache es keinen Unterschied, ob der Erwerber alle

[10]) LZ 1928/1030.

Anteile bzw. Aktien usw. erworben habe oder nur einen bestimmten größeren Teil, der ihm die Mehrheit und damit die Macht verschaffe, dann müßten aber auch evtl. die Gewährleistungsvorschriften Anwendung finden.

Ebenso tritt auch Fuchs[11]) für eine grundsätzliche Anwendung der §§ 459 ff BGB ein: beim Gesetz komme es zumal auf die Gerechtigkeit des Ergebnisses an, die fast immer der Prüfstein eines richtigen Gesetzes und einer richtigen Vertragsauslegung sei. Deshalb sei auch bei der Wahl zwischen Analogie und Umkehrschluß das verständige und billige Ergebnis das einzige ausschlaggebende Gewicht für das Sinken der einen Wagschale.

Dieser Standpunkt wird auch sonst vom RG vertreten, so z. B. in der JW 1929/1374 beim lastenfreien Verkauf sämtlicher Anteile einer G. m. b. H., deren einziges Vermögen ein Grundstück ist. Hier haftete der Käufer für die kraft Rückwirkung wiedereingetragenen Hypotheken, konnte aber vom Verkäufer Ausgleichung verlangen. Des Weiteren bietet sich ein Fall in RG 98/289, wo sämtliche Geschäftsanteile eines Fabrikationsunternehmens abgetreten waren. Das RG nahm durch Auslegung des Vertrages an, daß im gegebenen Falle Kaufgegenstand nicht nur die einzelnen Geschäftsanteile der G. m. b. H., sondern auch das ihr gehörige Geschäftsunternehmen samt Inventar und Warenlager sei[12]).

In diesen Entscheidungen und auch bei Stellungnahme der einzelnen Schriftsteller fanden wir hauptsächlich den Fall behandelt, daß sämtliche Anteile auf einmal verkauft worden waren. Wie stellt es sich aber, wenn nach und nach sämtliche Anteile an eine Person verkauft werden?

Das RG behandelt hierzu in Bd. 100/204 den Fall, daß sämtliche Gesellschafter je den eigenen Anteil an dieselbe Person verkauft haben. In diesen Vereinbarungen könne aber nicht ein einheitlicher Vertrag gesehen werden, der auch auf die Veräußerung des von dieser Gesellschaft betriebenen Geschäfts gerichtet gewesen sei. Denn wenngleich die rechtliche Möglichkeit bestünde, daß neben den Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. auch das von dieser betriebene Geschäft als solches zum Gegenstand eines Kaufs gemacht werde, so berechtige doch nicht schon der Umstand, daß durch mehrere einzelne Rechtsgeschäfte zu derselben Zeit sämtliche Geschäftsanteile einer G. m. b. H. von der nämlichen Person angekauft und ihr übertragen sind, zu der Schlußfolgerung, daß auch das Unternehmen selbst Gegenstand des Kauf gewesen sein müsse. Aus dem Verkauf und der Uebertragung sämtlicher Geschäftsanteile ließe sich

---

[11]) JW 1928/1584; LZ. 1928/1035.

[12]) Ebenso RG in LZ. 1930/1097; JW 1930/740, RG 112/236 = JW 1926/550; 120/283; 122/379; Soergel Rechtspr. 1920 zu § 459 Nr. 10. Brodmann Ges. betr. d. G. m. b. H. S. 66.

vielmehr die Absicht der Veräußerer, daneben das Handelsgeschäft als solches zum Gegenstand des Kaufs zu machen, höchstens dann folgern, wenn der einzelne Veräußerer als Verkäufer aller Geschäftsanteile anzusehen wäre (§ 421).

Friedländer[13]) hat sich speziell gegen diese Entscheidung gewandt. Es sei in vorliegendem Fall der Tatbestand nicht genügend gewürdigt worden, es müsse § 459 BGB zur Anwendung kommen.

Einen weiteren für uns in Betracht kommenden Fall finden wir in JW 1929/641. Hier nahm das RG Stellung zu einem Fall, in dem der Käufer 59/60 aller Aktien einer AG. erworben hatte und nunmehr den Standpunkt vertrat, hiermit das Geschäftsunternehmen selbst erworben zu haben. Er verlangte deshalb, daß ein Schaden, den die AG. erlitten habe, ihm ersetzt werde, da er unmittelbar von dem Schaden betroffen sei.

Das RG hat hierzu ausgeführt, in der Rechtsprechung sei zwar anerkannt, daß bei der sog. Einmannsgesellschaft der Erwerb sämtlicher Anteile wegen der wirtschaftlichen Bedeutung eines solchen Vertrages im Innenverhältnis gleichzeitig als unmittelbarer Erwerb des geschäftlichen Unternehmens der Gesellschaft wirke, woraus als wichtigste Rechtsfolge die Haftung des Veräußerers nach § 459 BGB für Mängel des Unternehmens selbst herzuleiten sei. Diese rechtliche Betrachtungsweise ließe sich aber nur rechtfertigen, wenn sämtliche Mitgliedschaftsrechte von einer Hand in die andere übergingen und könne auf die Erwerbung nur eines Teils dieser Aktien oder Geschäftsanteile nicht ausgedehnt werden. Dieser Auffassung hat sich Pinner angeschlossen[14]). Abgesehen davon, daß es unmöglich sei, wenn man sich von dem Grundsatz entferne, daß alle Anteile von der einen Hand in die andere übergehen müßten, die Grenze zu finden, bei der der wirtschaftliche Erwerb des Geschäfts beginne (wann die Macht über das Ganze überginge), könne auch begrifflich von einem wirtschaftlichen oder rechtlichen Erwerb des Unternehmens nur die Rede sein, wenn man völlig freie Dispositionen erwerbe. Dies geschehe aber nur beim Erwerb sämtlicher Anteile[15]).

Einen weiteren Fall hätten wir noch darin, daß der Eigentümer sämtlicher Anteile diese nach und nach an denselben Erwerber verkauft, daß also hier verschiedene Verträge nach und nach abgeschlossen werden.

Wir hätten also insgesamt folgende 4 Fälle zu beurteilen:

1. Der Verkäufer verkauft sämtliche Anteile gleichzeitig an einen Erwerber,
2. verschiedene Verkäufer verkaufen zu ungefähr derselben Zeit in mehreren Verträgen ihre Anteile an einen Käufer,

---

[13]) JW 1926/2892.
[14]) JW 1929/641.
[15]) A. A. Sontag a. a. O.

3. Der Käufer erwirbt nur einen Teil, wenn auch die Majorität der Anteile,
4. ein Verkäufer verkauft sämtliche Anteile nach und nach an einen Käufer.

Natürlich kann es sich in diesen Fällen auch beim Käufer um eine Personenmehrheit handeln. Voraussetzung hierfür ist dann nur, daß bzgl. des Verkaufes ein einheitlicher Vertrag vorliegt, und die Käufer in dem Vertrag nicht die einzelnen Anteile — jeder für sich —, sondern gemeinsam sämtliche Anteile erwerben.

Bei Stellungnahme muß man den Standpunkt des Reichsgerichts als richtig anerkennen.

Es ist zwar richtig, wie die Gegner einwenden, daß das RG sich vielfach von soziologischen Gedanken leiten läßt. Das Gesetz selbst bietet aber auch dazu schon in § 242 BGB eine Handhabe. Ebenso haben andere neuere Gesetzeskodifikationen derartige Grundsätze in weitem Maße aufgenommen, so z. B. das schweizer Obligationenrecht in den Art. 23—28. Freilich kann darin für die Rechtsprechung und Rechtssicherheit eine große Gefahr liegen. Aber diese wird bei Einheitlichkeit der höchstrichterlichen Rechtsprechung weniger zu befürchten sein. Selbst Roth, der am meisten den Standpunkt des Reichsgerichts angreift, gibt zu, daß sich die soziologische Rechtsfindung „häufig als tiefgefühltes Bedürfnis erweise". Nur kommt er zu dem Schluß, daß bei einer Grenzziehung zwischen den §§ 437 und 459 BGB ein derartiges Bedürfnis nicht bestehe. Dieser Schluß ist aber ebenso willkürlich wie seine weitere Anschauung auf dem Gebiet des Mietrechts. Will er eine soziologische Auslegung zulassen, muß er es auch überall wo das Ergebnis mit Treu und Glauben in Widerspruch steht. Das tut es zweifellos gerade bei manchen Grenzfällen zwischen den §§ 437 und 459 BGB.

Auszugehen ist in diesen Fällen bei der Beurteilung jedenfalls eher von diesem billigen Ergebnis als der formalistischen äußeren Form des Kaufabschlusses. Das RG stellt in diesem Sinne generell den Satz auf (RG 85/108): Es darf nicht auf dem Irrwege eines formalistischen Haltens am Wortlaut (des Gesetzes) der Arglist zum Siege verholfen werden" und bringt diesen Satz auch in anderen Entscheidungen zum Ausdruck (79/1; 81/150; 102/222 a. E.). Ebenso urteilt auch Hamburger[16]), der ausführt: die Grundsätze von Treu und Glauben gehen gegebenenfalls allen übrigen Vorschriften vor. Sie sind jeder Gesetzesbestimmung — der zwingenden wie ergänzenden — immanent. Nur wird die zwingende Vorschrift mit der Berufung auf Treu und Glauben seltener entkräftet werden können."

Neben dieser Auslegung der Paragraphen selbst ist aber in weitestem Maße das Kaufobjekt zu berücksichtigen. Rein formal werden

[16]) DJZ 1931.

nur die einzelnen Anteile veräußert; wenigstens hat das Geschäft diesen äußeren Anschein. Dabei wollen die Parteien, das Unternehmen selbst mit veräußern und nehmen dazu diese für sie einfachste Form.

Die von Roth hiergegen vorgebrachten Bedenken, zumal die Ansicht, die rechtliche und wirtschaftliche Gestaltung seien nicht trennbar, erscheinen ihm aber selbst nicht durchschlagend genug, da er doch auch Ausnahmen — z. B. im Mietrecht — zulassen will. Zudem sind aber auch diese Gründe durch Sontag hinreichend widerlegt.

Denn die rechtliche Gestaltung soll doch nur den entsprechenden wirtschaftlichen Erfolg ermöglichen, nicht aber ihn unmöglich machen. Wenn deshalb die wirtschaftliche Zielsetzung von der rechtlichen Gestaltung abweicht, so müssen Rechtslehre und Rechtsprechung durch entsprechende engere oder weitere Auslegung der rechtlichen Norm die rechtliche Zielsetzung der wirtschaftlichen anzugleichen versuchen. Die rechtliche Zielsetzung ist somit nur Mittel zum Zweck: die Ermöglichung des wirtschaftlichen Erfolges.

Bei allen derartigen Fällen muß so das praktische Ergebnis in weitem Maße mit berücksichtigt werden. Wir können nicht zu dem Schluß kommen, daß z. B. beim Kauf einer Einmannsgesellschaft es darauf ankommen könne, daß der Verkäufer diese Gesellschaft erst zum Erlöschen bringe und dann das Gesellschaftsvermögen überträgt, wenn er den Zweck bereits durch einen Akt erreichen kann. Praktisch bleibt es außerdem dasselbe. Der Verkäufer ist — wirtschaftlich betrachtet — längst identisch mit der Gesellschaft. Eine Haftung nach § 459 BGB darf aber dann nicht ausgeschlossen sein, wenn hier nicht erst die rechtliche Umwandlung stattgefunden hat.

Dieses praktische Ergebnis wird aber auch durch Recht und Billigkeit bedingt. Nehmen wir den Fall, der Verkäufer sämtlicher Anteile verkauft diese, obwohl er weiß, daß das Gesellschaftsvermögen mit Sachmängeln im Sinne des § 459 BGB behaftet ist. Eine unbedingte Mitteilungspflicht besteht für ihn nicht. Teilt er dem Käufer die Fehler nicht mit und ist zwischen den Parteien diese Haftpflicht nicht besonders vereinbart, so würde — abgesehen vielleicht von einem Anspruch aus Täuschung, der aber nicht gegeben zu sein braucht — die Haftung völlig entfallen.

Der Käufer ist aber auch häufig bei dem Vermögen der Gesellschaft gar nicht imstande, sich vorher über den genauen Bestand des Vermögens zu informieren, so daß er trotz guten Willens nicht in der Lage ist, sich ein Bild über die Vermögensverhältnisse zu machen. Bringt er dann nicht mit einer bestimmten Klausel im Vertrag zum Ausdruck, daß den Verkäufer eine Haftpflicht treffen soll, so soll nach Roth's Ansicht er tatsächlich nicht in der Lage sein, einen Anspruch geltend zu machen. Dies Ergebnis steht mit der vom Gesetz sonst vorgeschriebenen Haftpflicht in krassem Widerspruch. Auch

der Sinn des Gesetzes und dessen Zweck müssen insofern mitbestimmend sein.

Wenn man hier erwidern will, der Käufer könne sich durch Verklauselierung sichern, so wird man praktisch feststellen, daß hier eine gesetzliche Haftpflicht unterstellt wird und daher häufig eine Verklauselierung unterbleibt.

Zudem darf man, wie schon erwähnt, den Vertragswillen der Parteien nicht vergessen, der darauf gerichtet ist, neben den einzelnen Anteilen das Gesellschaftsvermögen selbst zu übertragen. Es wäre falsch, hier „an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks" zu haften. Dieser allgemeine Rechtssatz, der neben § 133 BGB auch in den §§ 116—118; 140; 157; 242 und 405 BGB zum Ausdruck kommt, muß im weitesten Umfang Berücksichtigung finden. Die Tragweite dieses Satzes ergibt sich schon daraus, daß wir ihn auch in anderen älteren oder neueren Kodifikationen z. B. Art. 1156 code civil, Art. 18 des schweizer Obligationenrechts u. a. m. wiederfinden.

Roth hat gerade bei diesem Punkt die Einstellung der Parteien völlig verkannt. Nicht der Richter unterschiebt den Parteien Vertragsabsichten, die sie von vornherein nicht hatten, sondern die Parteien benutzen unter den gegebenen Verhältnissen nur den einfachsten Rechtsweg, um das von ihnen erstrebte wirtschaftliche Ziel zu erreichen.

Hier wird man zwar evtl. aus der Auslegung der Parteiabsichten auch mal zu dem umgekehrten Schluß kommen können, daß die Parteien nur die Anteile kaufen bzw. verkaufen wollten; dieses wird aber als der ungewöhnlichere Fall aus den Abmachungen ersichtlich sein, während man deshalb bei etwaigen Zweifeln immer die gleichzeitige Uebertragung des Vermögens voraussetzen muß.

Zu betonen ist aber nochmal, daß sämtliche Anteile zur gleichen Zeit übertragen werden müssen oder wenigstens die Uebertragung sämtlicher Anteile von Anfang an geplant ist und in Ausführung dieser Abmachung die Anteile nach und nach übertragen werden. Bestand dagegen diese Vereinbarung von Anfang an nicht oder werden die Anteile gleichzeitig von mehreren Personen in mehreren nicht miteinander in Zusammenhang stehenden Verträgen veräußert, ergibt sich also der Erwerb sämtlicher Anteile rein zufällig, so kann darin eine Uebertragung des Unternehmens selbst noch nicht liegen. Dann ändert sich nämlich die Sachlage insofern, als der Veräußerer oder die Veräußerer tatsächlich zunächst nur die einzelnen Anteile verkaufen wollen, andererseits das Unternehmen selbst auch nicht mitübertragen können. Denn hier sind sie nicht Eigentümer des Unternehmens selbst, zumal wenn die Gesellschaft eine juristische Person ist, sondern bloß Anteilsberechtigte. Hier verkaufen sie z. B. bei Aktien nur die Wertpapiere, wissen häufig über den Bestand des Unternehmens selbst keinen Bescheid, so daß ihnen deshalb auch keine Haf-

tung zumutbar ist. Andererseits muß der Erwerber solcher Wertpapiere das Risiko des Kaufs selbst tragen, er kann es nicht auf den Veräußerer abwälzen. Die Entscheidung ist daher auch nicht unbillig. Diese Grundsätze sind gerade bei dem vom RG in der JW 1924/641 angeführten Beispiel besonders zu betonen. Wenn man hier trotz der nur partiellen Uebertragung der Anteile eine Veräußerung des Unternehmens selbst annehmen wollte, würde man auf die von Roth dauernd vorgewiesene Unsicherheit stoßen, wo nämlich hier die Grenze zu ziehen sei. Sontag ging zwar in diesem Punkte weiter. Man wird ihm auch darin Recht geben können, daß bei einem derartigen Fall in der angeführten Ansicht eine große Härte für den Käufer liege, aber eine Grenze wird man hier ziehen müssen, um einer Rechtsunsicherheit vorzubeugen. Man könnte vielleicht Sontags Gedanken insoweit weiter ausführen, als man es bei jeder Gesellschaft auf die Machtverhältnisse der einzelnen Gesellschafter abstellt. Soweit also ein Gesellschafter die Majorität der Anteile besitzt, könnte man bei einem Verkauf dieser Anteile darin auch den Verkauf des ganzen Unternehmens sehen. Diese Entscheidung würde aber ebenfalls zu Härten führen. Denn wenn man die Majorität der Anteile an einem Unternehmen mit dem Geschäft selbst gleich setzen wollte, käme man folgerichtig auch zu einer Haftung des Verkäufers, wenn sich dieser praktisch gar nicht um das Unternehmen gekümmert hat, wenn er z. B. die Anteile nur gekauft hat, weil sie eine hohe Dividende abwarfen oder er hierin eine gute Vermögensanlage sah. — Daneben ist aber von Wichtigkeit, daß auch in solchen Fällen gerade bei Aktiengesellschaften in einer Generalversammlung, in der der Verkäufer nicht vertreten war, Beschlüsse gegen seinen Willen gefaßt werden können (RG 34/116; 82/388). — Es ist ihm also die Möglichkeit gegeben, bestimmend auf die Gesellschaft einzuwirken; es kommt aber immer darauf an, ob er es tut. — Tut er es nicht — vielleicht weil er sich die nötige Erfahrung für den Betrieb nicht zutraut —, so kann man ihm bei einem Verkauf seiner Anteile eine besondere Haftung für den Betrieb selbst nicht zumuten. Es würde also in solchen Fällen immer zu prüfen sein, wie weit der Verkäufer bestimmend auf die Gesellschaft eingewirkt hat. Dieses von Fall zu Fall dem Richter zu überlassen, wäre unzweckmäßig. Zudem würde diese von Sontag vertretene Ansicht letzten Endes dazu führen, den Verkäufer an der Börse beim Verkauf eines Wertpapiers für die Bonität des Unternehmen haften zu lassen. Daß bei dem aleatorischen Charakter eines derartigen Kaufs aber die Haftung weit überspannt wäre, haben wir oben schon dargetan. Außerdem kann aber auch der Verkäufer das Unternehmen selbst nicht mit übertragen. Dies setzt bekanntlich voraus, daß zwischen dem Verkäufer und der das Unternehmen betreibenden juristischen Person wirtschaftlich betrachtet kein Unterschied besteht. Nur dann hat er die volle Verfügungsfähigkeit über das Unternehmen. Diese

Voraussetzung besteht aber schon beim Verkauf von 59/60 der Aktien nicht mehr, wenn der Verkäufer nicht selbst Eigentümer der restlichen Aktien ist, diese vielmehr einem Dritten gehören. Ist aber der Verkäufer auch Eigentümer dieser Aktien, so liegt gerade in einem derartigen Verkauf von 59/60 die Absicht des Veräußerers, nur die Wertpapiere, nicht aber auch das Unternehmen zum Gegenstand der Veräußerung zu machen.

Es ist deshalb, wie schon betont, eine Veräußerung sämtlicher Anteile erforderlich.

Wenn wir nun in diesen Fällen § 459 BGB für anwendbar gehalten haben, so liegt darin noch nicht eine direkte Anwendung. Wie wir bereits oben bei der Vermögensübertragung angenommen haben, kommt hier aus den gleichen Gründen nur eine analoge Anwendung in Frage. Denn es liegt insofern eine Lücke im Gesetz vor, die auszufüllen nach Analogie oder Umkehrschluß gestattet ist. Was anzunehmen ist, entscheidet das praktische Ergebnis. In den gegebenen Fällen steht dem Umkehrschluß: § 459 BGB sei deshalb analog nicht anwendbar, weil er den Sachmangel speziell regele und deshalb auf obige Beispiele nicht auszudehnen sei, das praktisch brauchbare und dem Sinn des Gesetzes entsprechende Ergebnis der Analogie gegenüber. Den Verkäufer trifft daher in obigen Fällen die Pflicht, etwaige Mängel nach § 459 BGB zu vertreten.

### D. Sonstige Fälle.

Vorstehende Gruppen von Fällen lassen sich noch durch mannigfaltige Beispiele auf anderen Gebieten ergänzen. Es sei hier nur daran erinnert, daß der Eigenschaftsbegriff des § 459 BGB bei Waren auch auf die Beschlagnahmefreiheit[1]), bei Fleisch auf die „Bankwürdigkeit"[2]), bei Grundstücksverkäufen auf die Zusicherung der Friedensmiete[3]) ausgedehnt worden ist. Andererseits sei aber auch bei Grundstücksverkäufen auf die Nichtgewährung der Schankerlaubnis[4]), oder beim Verkauf von Waren auf die Abrede der „neutralen Packung"[5]) verwiesen, wo eine Haftung aus den §§ 434; 437; 459 BGB abgelehnt worden ist. Ebenso ist auch bei Haftstreitigkeiten bei Patenten, Gebrauchsmustern, Rezepten, Geheimverfahren[6]) usw. bestritten, ob und inwieweit § 437 oder § 459 BGB zur Anwendung kommt. In allen diesen und gleichartigen Fällen finden sich die-

---

[1]) Warn. Jahrb. 1918 Nr. 185.
[2]) OLGE. 43/4.
[3]) RG-Entsch. v. 22. 10. 31, abgedr. i. d. Deutschen Allgemeinen Zeitung v. 29. 12. 31; DJZ. 1932/96.
[4]) JW 1930/3216.
[5]) JW 1931/791.
[6]) Hier lehnt übrigens Leonhard II 2 S. 4 schon die Anwendung des § 433 ab; vgl. hierzu S. 48.

selben Fragen, mit denen wir uns in obigen Fällen schon beschäftigt haben. Sie sind dementsprechend zu beantworten. Es erübrigt sich deshalb ein Eingehen auf derartige Gruppen, zumal man doch zu einer erschöpfenden Aufzählung nicht kommen kann.

## E. Abgrenzung.

Die eine Feststellung haben wir aber gemacht, daß in den meisten Fällen eine Haftung aus § 437 BGB nicht ausreicht und der Käufer hierdurch nicht genügend geschützt wird.

Diese Haftung, die auch dem Sinne des Gesetzes entspricht, kann nur durch eine weitgehende Auslegung des § 459 BGB erreicht werden. Wir können dann aber nicht an der in der Literatur vertretenen Ansicht festhalten, der Unterschied zwischen beiden Paragraphen liege darin, ob ein Mangel sich erst aus den Vorschriften der Rechtsordnung oder schon aus der natürlichen Beschaffenheit der Sache ergebe. Denn wie wir festgestellt haben, können Eigenschaften einer Sache auch auf rechtlichen Beziehungen beruhen, ebenso auf rein sozialen Verhältnissen oder auf wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt. Damit ist aber obige Ansicht nicht mehr voll aufrecht zu halten[1]). Bei einer Grenzziehung muß man vielmehr Recht und Billigkeit und das praktische Ergebnis weitgehendst berücksichtigen. Daraus ergibt sich aber auch, daß eine Grenzziehung bei dem Wortlaut beider Paragraphen generell nicht möglich ist. Zweckentsprechender wäre deshalb auch hier eine Zusammenfassung beider Vorschriften durch einen Paragraphen, der sowohl die Haftung für Rechte wie Sachen und sonstige Gegenstände einheitlich regelt. Entsprechend ist auch die Gewährsleistungspflicht in ausländischen Kodifikationen gefaßt, z. B. in Art. 197 des Schweizer Obligationenrechts, der bestimmt: „der Verkäufer haftet dem Käufer sowohl für die zugesicherten Eigenschaften als auch dafür, daß die Sache nicht körperliche oder rechtliche Mängel habe, die ihren Wert oder die Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Er haftet auch dann, wenn er den Mangel nicht gekannt hat".

Berücksichtigt man weiter, daß das Schweizer Recht unter „Sache" jeden Gegenstand versteht, so sieht man, daß eine Verschmelzung zwischen den beiden Haftungsbegriffen möglich ist.

Soweit dies jetzt noch nicht der Fall ist, kann eine Lösung der Frage nur durch eine entsprechende weite Auslegung des § 459 BGB erreicht werden. Der Ausdruck „Sache" ist hier im Sinne von „Erklärungsgegenstand" zu verstehen; Wertpapiere sind wie Sachen zu behandeln, soweit es sich nicht um einen rein rechtlichen Mangel

[1]) Jung bei Stammler S. 590.

handelt. Der wirtschaftliche Vermögensübergang ist der rechtlichen Uebertragung gleichzuachten. Schließlich sind unter den Begriff „Eigenschaft" auch die rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Beziehungen des Gegenstandes zur Umwelt zu verstehen.

Trotz dieser weiten Auslegung des § 459 BGB und der umgekehrt engen Abgrenzung des § 437 BGB ließe sich in manchen Fällen eine Konkurrenz beider Paragraphen nicht vermeiden. Wie dann zu entscheiden ist, muß sich nach Recht und Billigkeit unter Berücksichtigung des praktischen Ergebnisses ergeben.

# Lebenslauf.

Am 19. November 1906 wurde ich, Franz Wiesmann, als Sohn des Justizrats Franz Wiesmann und seiner Ehefrau Maria geb. Schüring in Recklinghausen geboren. Nach neunjährigem Besuch des dortigen humanistischen Gymnasiums studierte ich Rechtswissenschaft in Marburg und Freiburg. Am 31. Januar 1931 bestand ich in Kassel das erste juristische Staatsexamen, am 6. Februar 1932 die juristische Doktorprüfung in Marburg. Augenblicklich befinde ich mich im Vorbereitungsdienst am Landgericht Frankfurt a. M.